

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

ALINE ZANOTTO

**O DESENVOLVIMENTO DO *CRIMINAL COMPLIANCE* NO CENÁRIO JURÍDICO
BRASILEIRO À LUZ DA ORIENTAÇÃO POLÍTICO-CRIMINAL INTERNACIONAL
NA PREVENÇÃO/REPRESSÃO DOS DELITOS ECONÔMICOS**

**FLORIANÓPOLIS
2017**

ALINE ZANOTTO

**O DESENVOLVIMENTO DO *CRIMINAL COMPLIANCE* NO CENÁRIO JURÍDICO
BRASILEIRO À LUZ DA ORIENTAÇÃO POLÍTICO-CRIMINAL INTERNACIONAL
NA PREVENÇÃO/REPRESSÃO DOS DELITOS ECONÔMICOS**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à banca examinadora do
Curso de Graduação da Universidade
Federal de Santa Catarina como requisito
parcial à obtenção do título de Bacharel
em Direito.

Orientador: Professor Doutor Alexandre
Morais da Rosa

FLORIANÓPOLIS

2017

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “**O desenvolvimento do *criminal compliance* no cenário jurídico brasileiro à luz da orientação político criminal internacional na prevenção/repressão dos delitos econômicos**”, elaborado pela acadêmica **Aline Zanotto**, defendido em **04/07/2017** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (dez), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 4 de Julho de 2017

Alexandre Moraes da Rosa
Professor(a) Orientador(a)

Daniela Bornin
Membro de Banca

Everton das Neves Gonçalves
Membro de Banca

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COORDENADORIA DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE

Auna: Aline Zanotto

RG: 5.090.009 SSP/SC

CPF: 077.343.179-95

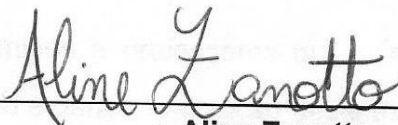
Matrícula: 13200041

Título do TCC: “O desenvolvimento do *criminal compliance* no cenário jurídico brasileiro à luz da orientação político-criminal internacional na prevenção/repressão dos delitos econômicos”

Orientador: Prof. Alexandre Moraes da Rosa

Eu, **Aline Zanotto**, acima qualificada, venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido.

Florianópolis, 04 de julho de 2017.



Aline Zanotto

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Katya e João, por me incentivarem, todos os dias, a perseguir meus sonhos, acreditando em mim, muitas vezes mais do que eu mesma. Por desde cedo me ensinarem as mais belas lições do Direito dentro de casa, me fazendo crer que vale a pena a busca pela justiça. Por serem meus maiores exemplos de profissionais, de ética, dedicação e bondade. Pelos esforços constantes em me ver feliz. Por proporcionarem que eu aproveitasse diversas oportunidades e experiências de vida. Por estarem sempre presentes.

A minha irmã Luisa, pelo companheirismo diário e por torcer tanto por mim.

Ao Florind, por todo o carinho e compreensão ao longo dos últimos meses.

As minhas amigas, Eliza, Natasha, Érica, Marina, Adriana, Carol, Cecília e Maria Julia, por serem tão presentes, há tantos anos, compartilhando comigo inúmeros bons momentos de felicidade, cumplicidade e da mais sincera amizade.

As amigas Juliana, Milena e Jessica, pelo companheirismo, na vida e nos desafios do Direito, trazendo mais leveza aos estudos diários.

Ao professor Alexandre, pela orientação para realizar este trabalho. À professora Daniela e ao professor Everton, por aceitarem o convite para participar da banca examinadora.

Aos demais familiares, amigos e professores que, direta ou indiretamente, contribuíram para minha formação e para a realização deste trabalho.

*“O direito não é filho do céu.
É um produto cultural e histórico da evolução humana”.
(Tobias Barreto, 1839-1889)*

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar o conceito de *criminal compliance*, assim como a tendência internacional quanto ao desenvolvimento desse instituto e, evidentemente, os reflexos jurídicos que isso gera no ordenamento jurídico pátrio. Para tanto, é feito um estudo a respeito de como o Brasil precisa aperfeiçoar os seus mecanismos de *criminal compliance*, bem como as legislações relacionadas ao assunto, para que o instituto possa, efetivamente, funcionar como um meio de prevenção e repressão dos delitos econômicos. Assim, expõe-se, de forma comparativa, como funcionam os programas de *compliance*, as normas envolvidas, assim como os modelos de imputação de responsabilidade às pessoas jurídicas, em diversos países, ressaltando-se a necessidade de se estabelecer legislações claras e objetivas no tocante ao *criminal compliance* e à possibilidade de responsabilização penal aos entes coletivos, para que os objetivos desse novo instituto possam ser atingidos de forma efetiva.

Palavras-chave: *Criminal compliance*. Delitos econômicos. Legislações. Responsabilização penal aos entes coletivos.

ABSTRACT

The following work has as a goal to analyze the concept of criminal compliance, as well as the international tendency about the development of this institute and, clearly, the effects that it generates in the Brazilian legal order. Therefore, a research has been made about how Brazil needs to improve its mechanisms of criminal compliance, just as the related legislations about the subject. So that, the institute can effectively works as a way of prevention and repression for economical crimes. Then, it is shown, in a comparative way, how does the compliance programs work, the involved rules, as well as the attribution models of responsibilities to legal entities in several countries, emphasizing the need to establish clearer and more objective laws about the criminal compliance and the possibility of criminal responsabilization to the collective entities, in order that the objectives of this new institute can be reached in an effective way.

Key-Words: Criminal Compliance. Economical crimes. Legislation. Criminal responsibility to collective entities.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA.....	13
1.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES.....	13
1.2 CAPACIDADE DE AÇÃO E CAPACIDADE DE CULPA.....	15
1.3 MODELOS DE IMPUTAÇÃO.....	21
1.4 CONSIDERAÇÕES SOBRE O TEMA DA RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA NO BRASIL.....	29
1.4.1 Anteprojeto do Código Penal (Projeto de Lei do Senado nº 236/2012) – breves considerações	37
2 CRIMINAL COMPLIANCE: SURGIMENTO E DESENVOLVIMENTO EM ÂMBITO INTERNACIONAL.....	40
2.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES SOBRE A CRIMINALIDADE EMPRESARIAL ..	40
2.2 CONCEITO DE <i>CRIMINAL COMPLIANCE</i>	43
2.3 ORIGEM.....	44
2.4 OBJETIVO.....	46
2.5 O CRIMINAL COMPLIANCE COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE DE GOVERNANÇA CORPORATIVA.....	51
2.6 <i>COMPLIANCE OFFICER</i>	52
2.7 ANÁLISE DE PROGRAMAS DE <i>CRIMINAL COMPLIANCE</i> E SUA EFETIVIDADE....	56
3 A NOÇÃO DE <i>CRIMINAL COMPLIANCE</i> NO CENÁRIO JURÍDICO BRASILEIRO E OS DESAFIOS TRAZIDOS PELAS LEIS DE LAVAGEM DE DINHEIRO E DE COMBATE À CORRUPÇÃO	63
3.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES SOBRE O SURGIMENTO DO <i>COMPLIANCE</i> NO BRASIL.....	63
3.2 SISTEMA BRASILEIRO DE PREVENÇÃO E COMBATE À LAVAGEM DE DINHEIRO E O <i>CRIMINAL COMPLIANCE</i>	65
3.3 COMBATE À CORRUPÇÃO E <i>CRIMINAL COMPLIANCE</i> – BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEI 12.846/2014.....	75
CONSIDERAÇÕES FINAIS	81
REFERÊNCIAS	85

INTRODUÇÃO

Pode-se afirmar que vivencia-se uma nova era do Direito Penal, em que as obrigações de observância/vigilância, a possibilidade de criminalização de pessoas jurídicas, a responsabilização de seus sócios ou dirigentes, a necessidade da prevenção de riscos empresariais, constituem-se como questões relevantes na perspectiva da responsabilização criminal. Nos últimos anos, com o desenvolvimento da tecnologia, dos meios de comunicação, da economia global e das transações comerciais, observou-se o surgimento de novas condutas, consideradas dignas de tutela penal pelo legislador.

Em meio a esse contexto surge, então, o instituto do *compliance*, que pode ser entendido como a implementação de políticas e mecanismos de controles internos para fiscalizar as atividades empresariais e o cumprimento das normas legais e regulamentares, com a finalidade de prevenção e repressão de delitos. Em âmbito penal, o *criminal compliance* pode ser entendido, assim, como uma tentativa de se combater o que se conhece hoje como criminalidade moderna. Assim, poder-se-ia traduzir o *criminal compliance* como um novo modelo regulatório guiado por um dever de colaborar com o Estado na prevenção da criminalidade no ambiente empresarial.

Partindo dessa concepção, o presente trabalho propõe uma análise a respeito de como o Brasil precisa aperfeiçoar os mecanismos *de criminal compliance*, bem como as legislações relacionadas ao assunto, para que o instituto possa, efetivamente, funcionar como um meio de prevenção e repressão dos delitos econômicos.

Para isso, iniciou-se estabelecendo algumas possíveis respostas relacionadas a referida questão. De início, considerou-se que é necessário criar mecanismos capazes de induzir às empresas a formulação e adoção de programas de *compliance* efetivos, que cumpram com os seus já mencionados objetivos. Ademais, reputando ser um mecanismo ainda em desenvolvimento no Brasil, supôs-se que as leis brasileiras atuais não possuem a capacidade de motivar as empresas brasileiras a elaborar programas de *compliance* efetivos, visto que ainda há muita insegurança

jurídica quanto aos reais benefícios que tais programas poderão gerar se implementados.

Assim, este estudo tem como objetivos explicar o surgimento e desenvolvimento do *criminal compliance* em âmbito internacional e nacional, assim como analisar a importância de um programa de *compliance* efetivo no controle da criminalidade praticada no âmbito empresarial. Desse modo, pretende-se discutir os desafios trazidos pelas leis de lavagem de dinheiro e de combate à corrupção, assim como os delitos econômicos e a necessidade de normas mais efetivas no combate à criminalidade empresarial, além de identificar as perspectivas de desenvolvimento do *criminal compliance* no Brasil.

Outrossim, o tema em questão é bastante atual e relevante, com conceitos e legislações ainda em desenvolvimento. No ordenamento jurídico pátrio, pode-se constatar o papel de destaque e atualidade que ganha o *criminal compliance*, com as obrigações impostas pela Lei n. 9.613/1998, modificada recentemente pela Lei n. 12.683/2012 e a edição da Lei n. 12.846/2013, conhecida como Lei Anticorrupção, que estabeleceu sanções para irregularidades ocorridas no âmbito da iniciativa privada, inclusive para as pessoas jurídicas, com um modelo de responsabilidade objetiva.

Registra-se, ainda que a metodologia utilizada para realização deste trabalho de conclusão de curso consiste no método de procedimento monográfico, no método de abordagem indutivo e no emprego da técnica de pesquisa de documentação indireta, envolvendo pesquisa bibliográfica.

Sobre a estrutura do trabalho, esse dividir-se-á em três capítulos. No primeiro, propõe-se, como ponto de partida, um estudo na forma de uma espécie de direito comparado, a respeito de como é tratada a questão da possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica. Através da exposição de como funcionam alguns modelos de imputação em âmbito internacional, pretende-se verificar quais caminhos serão seguidos no ordenamento jurídico nacional. Tal análise se faz necessária visto que possui relação direta com as discussões atuais sobre o desenvolvimento do instituto do *criminal compliance*, visto que as supracitadas Leis tratam de uma responsabilidade administrativa ou civil às pessoas jurídicas. Por conseguinte, no segundo capítulo, examinar-se-á o desenvolvimento do *criminal compliance* na esfera internacional, para depois, no terceiro e último

capítulo, seguir com a análise de como esse instituto começa a surgir no Brasil, assim como as suas perspectivas de aperfeiçoamento, tornando-se mais efetivo no seu objetivo, qual seja, combater os delitos praticados em âmbito empresarial.

1 RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA

O foco deste capítulo será analisar as possibilidades de responsabilização penal da pessoa jurídica, a questão da capacidade de ação e a culpabilidade dos entes coletivos, assim como examinar os diferentes modelos de imputação dessa responsabilidade em âmbito internacional e brasileiro.

1.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

A responsabilidade penal da pessoa jurídica é tema de discussões atuais que ainda geram bastante divergência na doutrina. Essa ideia surgiu com o desenvolvimento da criminalidade e de novas realidades que fizeram com que fosse ampliado o campo de atuação da tutela penal, em áreas que antigamente não se cogitava. Ela nasce com a intenção de se constituir em um mecanismo de coibição da prática de delitos das corporações, visto que as punições tradicionais às pessoas naturais não tem surtido o efeito desejado, gerando certa impunidade. (BENEDETTI, 2014, p. 66,).

O posicionamento contrário a responsabilização penal da pessoa jurídica na doutrina brasileira embasa-se principalmente, conforme explica e defende Carla Rahal Benedetti, na ideia da existência de um conflito dessa responsabilidade com princípios que regem nosso ordenamento jurídico e consagrados como cláusulas pétreas, como a pessoalidade da pena e a culpabilidade, pressupostos para aplicação de pena previstos na Constituição Federal de 1988 (art. 5º, incisos XLV e LVII). (BENEDETTI, 2014, p. 68).

O sistema brasileiro introduziu a responsabilidade penal coletiva através de uma lei especial em que se estabeleceu que “todos os dispositivos proibitivos previstos na Lei n. 9.605/98 podem estar alcançados pela responsabilidade corporativa”. (SERRANO-PIEDECASAS et al., 2010, p. 338) Sobre essa lei, Benedetti (2014, p. 68) alega que a própria estabelece de forma clara no seu artigo 7º que: “As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade quando: I - tratar-se de crime culposo ou for aplicada pena privativa de liberdade inferior a 4 (quatro) anos”. Dessa forma, afirma que a maneira como se dispõem os crimes na Lei n. 9605/98 impede que sejam aplicadas penas às pessoas

jurídicas pelo fato de que, nos tipos penais nela previstos, são estabelecidas somente penas privativas de liberdade, fazendo, assim, com que sejam destinatários dessas normas apenas um ser capaz de ser responsabilizado com uma pena privativa de liberdade, ou seja, apenas seres humanos, dotado de vontade (BENEDETTI, 2014, p. 68).

Enfim, explica que a mencionada substituição por penas restritivas de direitos “pressupõe um ser destinatário de penas privativas de liberdade (pessoa natural), sendo elas cabíveis apenas em um segundo momento da condenação”. (BENEDETTI, 2014, p. 69)

Em sentido contrário, determinada parte da doutrina defende a responsabilidade penal de pessoas jurídicas, inclusive muitas vezes tomando-a já como algo certo, visto se tratar de, nas palavras de Paulo César Busato e Tracy Joseph Reinaldet (2015, p. 38-39):

[...] uma tendência inexorável revelada pelas recentes reformas dos códigos penais das principais matrizes europeias de produção dogmática em matéria penal, à exceção da Alemanha, e da tendência de sua adoção na América Latina, conforme revelam os recentes projetos de novos códigos penais em gestação no Brasil e na Argentina.

Assim, entende-se que a responsabilidade penal da pessoa jurídica não busca alterar a teoria da responsabilidade individual, mas propor uma forma de evolução dela no contexto atual, em que se verifica constantemente a atuação de pessoas jurídicas, sendo uma realidade que não deve ser negada pelo Direito Penal.

Ademais, segundo Leandro Sarcedo (2016, p.102), a responsabilidade penal da pessoa jurídica não afronta o imperativo de verificação, na ação criminosa, do *animus delinquendi* e de seu respectivo elemento moral e, ainda, considerando a premissa de que o delito só deve ser imputado e a pena só pode ser aplicada quando o agente possua inteligência, vontade e liberdade, o autor remete-se a Affonso Arinos de Mello Franco, em que afirma não se poder negar que essas três características são encontráveis nas pessoas jurídicas.

Outrossim, assumindo-se a possibilidade da responsabilização das pessoas jurídicas, outra indagação que poderia surgir refere-se à natureza dessa responsabilidade, dado que diversas vezes se menciona apenas a necessidade de

responsabilização, sem se determinar, no entanto, se essa deva ser de índole penal, administrativa ou civil.

Sobre o tema, Renato de Mello Jorge Silveira e Eduardo Saad-Diniz (2015, p. 80-81) defendem que uma responsabilidade penal da pessoa jurídica tem se mostrado uma tendência significativa, “até mesmo porque a genérica responsabilidade não penal parece ser dotada sim, de uma lógica penal, ou ao menos de preceitos e garantias penais”.

Por derradeiro, o ponto central a respeito da temática consiste na inerente dificuldade em se estabelecer a responsabilidade de criminosos dentro de um determinado ambiente empresarial. O fracionamento das múltiplas atividades em uma estrutura complexa, por si, pode levar a uma “irresponsabilidade individual organizada”, que se mostra de forma efetivamente estrutural. (SAAD-DINIZ, 2015, p. 85). Essa irresponsabilidade organizada em conjunto, como leciona Silva Sánchez, com a insuficiência preventiva da responsabilidade penal individual e das formas de responsabilidade penal da pessoa jurídica, são objeto de cada vez mais desenvolvimento e aceitação de teorias relacionadas à responsabilização penal da pessoa jurídica. (SÁNCHEZ, 2013, p. 18).

1.2 CAPACIDADE DE AÇÃO E CAPACIDADE DE CULPA

Ponto fundamental de questionamentos nas doutrinas atuais dizem respeito à capacidade de ação e de culpabilidade que as empresas poderiam ter, ou não. Essa discussão acontece em virtude de se tentar transferir às pessoas jurídicas critérios que são considerados válidos na imputação de delitos às pessoas naturais.

Silveira e Saad-Diniz (2015, p. 86), a respeito da doutrina de Klaus Tiedemann, afirmam que:

[...] as tradicionais ponderações sobre ação, culpabilidade e capacidade penal seria um dos reais obstáculos para implementação ou aceitação da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Atesta ele que, a primeira vista, ação em Direito Penal sempre estaria vinculada ao comportamento humano da mesma forma que culpabilidade ou culpa em sentido amplo intui uma reprovação ética ou moral. Nesses casos, nítido se mostra o afastamento da possibilidade de responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Seguindo esse entendimento, Silveira e Saad-Diniz (2015, p. 86-87) explicam que muitos autores elaboram a tese de que não seria possível imputar ação física a uma pessoa jurídica porque o Direito Penal se limitaria a reprimir, exclusivamente, as ações das pessoas físicas.

Sobre o assunto, a crítica em relação à capacidade de ação das empresas ocorre em razão do conceito de ação, em Direito Penal, ter sido estabelecido em relação ao comportamento humano guiado pela vontade. Dessa forma, como as pessoas jurídicas não possuem substância física similar, seriam, por conseguinte, incapazes de atuar. (DE CARLI, 2016, p. 31).

Assim, decisões que começaram a reconhecer a responsabilidade criminal de empresas (por voltar do século XIX), passaram a estabelecer, geralmente, quanto a essa capacidade de ação, pela imputação das condutas dos empregados. (DE CARLI, 2016, p. 31).

Atualmente, porém, aqueles que aceitam a capacidade de ação da pessoa jurídica consideram essencialmente duas possibilidades para essa ação: que a empresa é quem age por ato próprio ou que são as pessoas naturais que agem pela empresa. Sobre o assunto, De Carli (2016, p. 34-35) expõe que:

Quando se considera que a empresa age por ato próprio, dependendo do sistema jurídico, ela poderá ser responsabilizada diretamente (no âmbito do direito civil e administrativo facilmente, bem como no âmbito do direito criminal, nos países que admitem essa possibilidade) ou poderão ser responsabilizadas as pessoas naturais em seu lugar. [...] Por outro lado, quando se considera que são as pessoas naturais que agem pela empresa, é preciso definir quais atos (e quais estados mentais culposos) podem ser atribuídos (imputados) às empresas para torná-las responsáveis. Essa questão está ligada a outras questões colaterais, como por exemplo, até que ponto a pessoa natural estava agindo em nome ou dentro de suas atribuições na empresa, ou se os atos tinham por objetivo beneficiá-la.

Ademais, na teoria de Klaus Tiedemann também pode ser encontrada outra fundamentação para se considerar a ação de pessoas jurídicas. Tal teoria atribui a punibilidade da empresa a uma falha ou defeito de organização, quando se deixa de tomar as precauções necessárias para se evitar a violação de regras pelos empregados. (TIEDEMANN apud DE CARLI, 2016, p. 37).

Ou seja, a capacidade de ação da empresa estaria, assim, no seu agir de acordo com sua capacidade de organização.

Desse modo, constata-se que a tradicional negação à capacidade de ação da pessoa jurídica, que se apoia em uma concepção física de ação, vislumbrada nos próprios movimentos corporais de alguém, pode ser contestada quando a lei atribui às pessoas jurídicas uma condição de pessoas de direitos, como pressupunha Tiedemann, devendo, então, esse conceito de ação, aqui, variar. Assim, conforme tal autor, pode-se afirmar que a pessoa jurídica, em razão da sua complexidade, tende a agir de acordo com sua capacidade de organização. Em consequência, o delito estaria vinculado a um vício ou defeito nessa organização. (TIEDEMANN apud SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p. 86)

Essa ideia foi seguida posteriormente por outros autores, fazendo com que o estabelecimento do injusto e da culpa de organização se tornasse imprescindível para o desenvolvimento de muitas outras teorias, ligadas tanto à autorresponsabilidade, quanto à heterorresponsabilidade. (SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p. 87).

Na realidade, poder-se-ia imaginar, então, “uma culpabilidade empresarial baseada na própria ideia de autorregulação, o que implicaria entender um certo caráter antropomórfico as pessoas jurídicas, o que, por sua vez, geraria, sim, uma nova versão de atribuição dos entes coletivos”. (SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p. 88)

Já no tocante à capacidade de culpa das pessoas jurídicas, cumpre primeiramente ressaltar que esse consiste no ponto central para os que negam a possibilidade de uma punição criminal das empresas. Isso porque, sendo o conceito de culpa embasado na capacidade de decisão moral da pessoa humana, a possibilidade de culpabilidade da pessoa jurídica, em si, não é aceita por muitos. (DE CARLI, 2016, p. 37-38).

Parte predominante da doutrina alemã, inclusive, segue essa ideia, considerando que as pessoas jurídicas não são passíveis de capacidade de culpa penal. Contudo, em diversos outros sistemas, em confronto com essa concepção de culpabilidade, entende que a punibilidade empresarial fundamenta-se em uma culpabilidade própria da pessoa jurídica. Nos Estados Unidos e na Austrália, por

exemplo, a cultura empresarial é vista como a base de uma culpabilidade coletiva (DE CARLI, 2016, p. 38). Nesse sentido também a Espanha vem acolhendo o conceito de culpa pela organização nos seus ordenamentos jurídicos, a partir da ideia introduzida por Klaus Tiedemann, que a tem como base para a legitimação da punibilidade da empresa. Ressalta-se que, atualmente, tal posição deve ser vista como consequência de um fenômeno social e que se coaduna com a maneira pela qual as pessoas jurídicas são tratadas no direito civil, direito da concorrência e o direito administrativo (DE CARLI, 2016, p. 41), em que a capacidade da pessoa jurídica contrair culpa é um problema superado há muito tempo.

Ainda nessa linha de argumentação de Tiedemann a respeito da concepção da culpabilidade empresarial, faz-se uma constatação fática: as pessoas jurídicas podem celebrar contratos e, após, descumpri-los, ocasionando uma responsabilização civil pelo inadimplemento contratual, sendo possível, então, concluir que elas podem sim agir antijuridicamente. “Não é a ação física desses entes coletivos o que conta para imputar um resultado nocivo ao autor, mas a violação das medidas e expectativas normativas que recaem sobre sua atividade social, que se dá, em regra, de maneira omissiva ou culposa”. (SARCEDO, 2016, p. 104). Dessa forma, admitir a possibilidade de responsabilização penal das pessoas jurídicas consistiria apenas em aceitar a realidade social.

Todavia, se observa que, nos sistemas em que a possibilidade de culpa da pessoa jurídica é dada por certa, de uma maneira geral, resta a divergência entre aqueles sistemas que consideram a culpa da empresa como sendo própria, e aqueles que a consideram como “uma decorrência da culpabilidade de atos praticados por seus agentes, quando ela, então, responderá por eles, ainda que estes possam ser individualmente responsabilizados”. (DE CARLI, 2016, p. 42)

Importante esclarecer, então, o que se entende do conceito construtivista de culpabilidade empresarial, voltado mais especificamente ao desenvolvimento da tese que deriva da ideia de culpabilidade por defeito na organização e que se associa diretamente à implantação e manutenção de sistemas de *compliance*. (BUSATO; REINALDET, 2015, p. 39).

Esse modelo construtivista de autorresponsabilidade da pessoa jurídica proposto pelo professor Carlos Gómez-Jara Diéz defende que toda teoria da culpabilidade da pessoa jurídica deveria se fundamentar na análise da organização

e da cultura autossustentável existentes na empresa. Por meio dessas duas elementares empresariais (cultura e organização) é que se poderia, portanto, constatar o juízo de reprovabilidade em desfavor da pessoa jurídica e criminosa. (BUSATO; REINALDET, 2015, p. 39-40)

Um sistema de *compliance*, como será visto mais adiante, auxiliaria, assim, na identificação e prevenção da ocorrência de tais desvios estruturais e a sua ausência, por conseguinte, conduziria ao reconhecimento de culpabilidade. (BUSATO; REINALDET, 2015, p. 40).

Ou seja, nesse modelo construtivista, a questão da culpabilidade da pessoa jurídica encontra-se baseada na carência de uma cultura, em âmbito empresarial, de respeito às normas, ao Direito em si, o que poderia gerar problemas na organização da empresa, culminando em condutas criminosas da pessoa jurídica.

Ademais, conforme Busato e Reinaldet (2015, p. 41), o raciocínio seria o seguinte:

[...] a empresa possui um defeito em sua estrutura ou em sua organização; este defeito gera um risco não permitido pelo direito penal, o qual fomenta a prática de infrações; destarte a corporação deve ser sancionada. Mas esta é apenas uma parte do raciocínio, pois o modelo construtivista vai além e fundamenta, em última análise, a culpabilidade do ente moral na ausência de um programa efetivo de *compliance* - vez que a omissão na elaboração de tal problema seria o fator primário, primordial, que originaria a imperfeição estrutural existente no interior da pessoa jurídica.

A tese de maior aceitação entre aqueles que admitem a falha na estrutura de funcionamento da pessoa jurídica como fonte de culpabilidade é a já mencionada tese conhecida como culpabilidade por defeito de organização, defendida especialmente por Klaus Tiedemann, a qual afasta qualquer reprovação de caráter pessoal e reconhece como fonte material da responsabilidade a falha de organização da pessoa jurídica, permitindo a atuação de pessoas físicas em práticas criminosas. (BUSATO; REINALDET, 2015, p. 44-45). Dessa forma, a culpabilidade empresarial verificar-se-ia na omissão em se tomar medidas prévias que proporcionassem uma atividade empresarial isenta de delitos.

Referida teoria é também passível de críticas. Isso porque, segundo Busato e Reinaldet (2015, p. 50-51), sugere-se uma manifesta falta de coincidência temporal entre a realização do delito e momento da culpabilidade (fato que Tiedemann tenta

justificar se apoiando à teoria da *actio libera in causa*); além disso, pressupõe-se uma responsabilidade por fato alheio, já que só admite como realizador do delito as pessoas físicas que se encontram sob a égide da pessoa jurídica. Outrossim, alega que a não previsão de formas de exculpação, inerentes à afirmação da culpabilidade, geraria a caracterização de uma responsabilidade penal objetiva, vilipendiando o princípio da culpabilidade, e, em consequência, determinando a responsabilidade por fato e, logo, por culpa alheia.

Aliás, o próprio Tiedemman afirmou estar tal culpabilidade, que hoje é revisitada pelo modelo construtivista de autorresponsabilidade da pessoa jurídica, consubstanciada em uma omissão, em um não fazer corporativo ligado ao dever de cuidado pertencente à atividade empresarial. (TIEDEMMAN apud BUSATO; REINALDET, 2015, p. 51-52).

Por esses e outros motivos há uma divisão doutrinária a respeito do plano em que a teoria do delito deve ser analisada no tema do *compliance*, se no injusto ou na culpabilidade, observando-se que a uma tendência inclusive majoritária da doutrina relaciona os defeitos na organização a um problema de imprudência. (BUSATO; REINALDET, 2015, p. 52).

Em linhas gerais, conforme Busato e Reinaldet (2015, p. 52-53):

[...] pode-se definir o tipo injusto imprudente como a violação de um dever de cuidado que gera um risco não permitido pelo direito penal. Nesse contexto, a característica essencial de tal modalidade típica é o desrespeito de uma diligência necessária ao atuar, concretizado por uma omissão voluntária de cautela por parte do agente, a qual ocasiona um resultado previsível e lesivo, ou potencialmente lesivo, a um bem jurídico tutelado pela seara criminal.

Em outras palavras, o tipo injusto imprudente consiste em uma conduta "descuidada", que acarreta um aumento do risco para patamares acima do permitido e, assim sendo, deveria ser sancionada pelo Direito Penal.

Ainda de acordo com os ensinamentos de tal doutrina (construtivista), afirma-se que, quando a pessoa jurídica não realiza os cuidados necessários de informação (omissão), através de um efetivo programa de *compliance*, consubstanciando-se num dever geral de cuidado, e em virtude disso pratica um ato lícito, essa pessoa jurídica evidencia que não possui uma cultura empresarial de respeito ao Direito. (BUSATO; REINALDET, 2015, p. 53). Melhor dizendo, em razão dessa omissão do

dever de cuidado, visto que não realizou um programa de *compliance* efetivo, a empresa deverá ser sancionada, por ter agido com culpabilidade.

Nesse contexto, é possível afirmar que a reprovação do injusto ocorre por meio de uma omissão de um dever de cuidado por parte da pessoa jurídica, um “não fazer” que em muito se parece a uma das elementares e conceito clássico de imprudência. (BUSATO; REINALDET, 2015, p. 53-54).

Ademais, os dois institutos se assemelham pois o efeito dessa omissão, produz, em ambos os casos (imprudência e culpabilidade construtivista), igual consequência, qual seja, o incremento de um risco não permitido pelo Direito Penal. (BUSATO; REINALDET, 2015, p. 54)

Segundo Sarcedo (2016, p. 106-107), pode haver uma intencionalidade empresarial no sentido de cometer um delito em favor do ente coletivo, sem que isso possa ser atribuído a alguém de maneira individual. "A verificação da culpabilidade neste aspecto far-se-á como juízo de reprovação lastreado em considerações normativas, recaindo sobre o ente coletivo, sem prejuízo da responsabilidade individual das pessoas físicas identificáveis inculpáveis".

Destarte, verifica-se que as discussões a respeito da culpabilidade corporativa partem desde uma concepção de heterorresponsabilidade pura, tangenciando a responsabilidade objetiva, uma vez que intimamente dependente do agir humano, assumindo até modelos de autorresponsabilidade pura, em que a atividade empresarial é, de fato, considerada mais abrangente do que as ações e vontades humanas que a compõem. (SARCEDO, 2016, p. 106-107).

1.3 MODELOS DE IMPUTAÇÃO

Como já visto, há tradicionalmente dois modelos para fundamentar punição das pessoas jurídicas: o modelo de autorresponsabilidade (por ato próprio) e o modelo de heterorresponsabilidade (pela atribuição do ato de um terceiro à empresa). As legislações podem adotar um ou outro modelo, ou ainda, soluções híbridas. (DE CARLI, 2016, p. 44)

Quanto ao sistema de heteroresponsabilidade (ou vicarial, de transferência, por ricochete, por empréstimo), pode-se dizer que é aquele em que "se imputa

transferindo a empresa todo ato cometido por um agente seu, no exercício de sua atividade, com a intenção de favorecê-la". Gera, assim, poucas possibilidades de defesa ao ente empresarial, visto que os controles internos e as medidas preventivas, objetivando coibir a ocorrência de delitos, não interessam ao regime de imputação. (SARCEDO, 2016, p. 107).

Já no modelo de imputação da autorresponsabilidade (ou por defeito de organização) fundamentado na culpabilidade da empresa, o mais importante não é o comportamento antissocial realizado pela pessoa física, mas sim a atividade e o comportamento social da pessoa jurídica, tanto anterior como posteriormente à ocorrência do fato delituoso. Aqui mostra-se decisivo aferir se a empresa implementou efetivamente mecanismos almejando prevenir, descobrir e coibir a ocorrência de delitos no desenvolvimento de suas atividades, porque isso influenciará na sua responsabilização, podendo até mesmo levar a sua absolvição ou então mitigação da pena a ser imposta. (SARCEDO, 2016, p. 108).

Sobre o tema, esclarece Sarcedo (2016, p. 109):

Numa diferenciação bastante clara e didática, Héctor Hernández Basualto afirma que existem dois grandes modelos legislativos ideais de responsabilidade penal da pessoa jurídica: o primeiro, de responsabilidade derivada (heterorresponsabilidade), pelo qual se faz 'recair sobre a pessoa jurídica a responsabilidade de uma pessoa natural em virtude de algum critério de conexão entre uma e outra', em regra a circunstância de que a pessoa natural integrar algum órgão diretivo ou mesmo alguma posição subordinada do ente moral; O segundo, de responsabilidade autônoma ou originária (autorresponsabilidade), pelo qual a responsabilidade penal da pessoa jurídica 'surge diretamente de uma conexão entre o fato proibido e uma característica da (ou um certo estado de coisas na) entidade, sendo irrelevante a eventual responsabilidade uma pessoa natural'.

Por derradeiro, com os modelos mistos, visa-se obter o melhor de cada modelo. De um lado, a facilidade e a segurança jurídica derivadas do modelo de heterorresponsabilidade, com sua pretensa capacidade de transferir à empresa a totalidade dos custos sociais decorrentes da ação delitiva, por meio da aplicação da sanção pertinente. De outro, o incentivo às melhorias organizacionais nas empresas, com medidas de estímulo às denúncias e reparações por fatos que já ocorreram ou estão ocorrendo, visto que consistem na possibilidade de absolvição de mitigação de pena. (SARCEDO, 2016, p. 109-110). Com isso, procura-se incentivar a adoção de medidas internas de controle e prevenção por parte das empresas, criando um

ambiente de cooperação, tendo em vista que sua culpabilidade empresarial será aferida e considerada em cada caso concreto.

Por esses motivos é que, segundo Sarcedo (2016, p. 110), os modelos mistos de responsabilidade penal da pessoa jurídica, inclusive com a não exclusão da possibilidade de imputação às pessoas físicas dos fatos individualmente atribuíveis, consistem nos mais eficazes em exercer o controle social da criminalidade econômica na empresa, dado que “contemplam todas as opções político-criminais para ação do Estado”.

Outrossim, a respeito desse assunto, Fiorella citada por De Carli (2016, p. 46) agrupa diferentemente três modelos de critérios de imputação dos atos ilícitos à pessoa jurídica:

1) o modelo de identificação, em virtude do qual a empresa responde pelos atos praticados por seus próprios órgãos, que representam a vontade coletiva; 2) o modelo da responsabilidade vicarial, ou do subordinado, cujo crime foi tornado possível pela omissão das obrigações de supervisão e vigilância; e 3) o modelo, mais avançado, que prevê uma lacuna organizativa como critério de imputação pelo crime ocorrido (culpa de organização). Neste último modelo é valorizada a existência de um programa de *compliance*, que pode chegar a excluir a responsabilidade da empresa, se o fato não estiver em sintonia com a vontade do ente, e que não possa ser atribuível a uma negligência da organização.

Note-se que, no mencionado modelo vicarial, a culpa da empresa é fundamentada na omissão em adotar medidas que pudessem evitar a ocorrência de crimes. A culpabilidade da organização é a origem para essa legitimação, de maneira que a imputação dos atos dos empregados é feita à empresa. (DE CARLI, 2016, p. 53).

Ademais, segundo a teoria de Tiedemann, a responsabilidade genuinamente penal para as pessoas jurídicas é a solução mais eficaz, quando comparada às sanções aplicadas em âmbito administrativo. Isso porque, seu efeito de prevenção seria maior e a estigmatização gerada com a condenação criminal de uma empresa repercute de maneira mais incisiva no ambiente corporativo e na percepção geral do público. “Impor sanções administrativas para crimes é, ao contrário, inconsistente e contraproducente em termos de prevenção (geral e especial)”. (TIEDEMANN apud DE CARLI, 2016, p. 65).

Parece fundamental, ainda, para a continuidade do estudo, explicar os principais modelos de aferimento da culpabilidade das pessoas jurídicas discutidos nos dias atuais, visto que correspondentes a modelos de sistemas internacionais muito difundidos nas doutrinas e em debates sobre o tema. Tais modelos vão desde os puros, de responsabilidade reflexa, até os extremados de autorresponsabilidade, passeando pelos modelos mistos, que buscam conciliar características de ambos.

Serão analisados modelos consistentes em: uma responsabilidade civil, subsidiária ou cumulativa das pessoas jurídicas por atos cometidos pelos seus funcionários; medidas de segurança, as quais fazem parte do sistema criminal; sanções administrativas propriamente ditas, que podem se mostrar como apenas pecuniárias ou de outro gênero, impostas que são pela autoridade administrativa (podendo criar até mesmo um sistema quase-pena); até uma responsabilidade penal propriamente dita; ou, ainda, medidas mistas, de caráter penal, administrativo e civil, com pretensões de política-criminal. (SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p.89).

Assim, o primeiro desses modelos de imputação de destaque a ser analisado é o da França. Com a promulgação do Código Penal de 1992 (que entrou em vigor em 1994,) passou-se a incorporar e reconhecer a responsabilidade penal da pessoa jurídica (responsabilidade penal propriamente dita). Dessa forma, em seu artigo 121-2 é estabelecido, expressamente, que as pessoas jurídicas, com exclusão do Estado, são criminalmente responsáveis por ofensas cometidas pelos seus órgãos ou seus representantes, estabelecendo-se, para tanto, penas pecuniárias e não pecuniárias. Esse foi o primeiro código de origem da *Civil Law* a atribuir a responsabilidade penal às pessoas jurídicas. (SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p. 89-90).

No direito alemão, por sua vez, existe uma rejeição em se aceitar a responsabilidade penal da pessoa jurídica na atualidade. Na Idade Média se reconhecia a responsabilidade penal das corporações, porém, em 1871, o Código Penal alemão rejeitou expressamente a responsabilidade penal, mas não a civil, para as pessoas jurídicas. (DE CARLI, 2016, p. 32).

Cuida-se de um sistema inteiramente administrativo, no qual a acusação é exercida pela autoridade administrativa e não pelo Ministério Público, e da decisão da autoridade administrativa pode-se propor recurso ao tribunal administrativo regional. Assim, a responsabilização das pessoas jurídicas ocorre por meio de

multas sancionadoras, sem caráter penal, visto que não se aceita a possibilidade de reprovação ético-social da coletividade. (SARCEDO, 2016, p. 112).

A lógica que rege esse modelo de imputação, como aponta Roxin, é de que a concepção do injusto penal seria centrada, exclusivamente, no comportamento humano de uma pessoa física. Ademais, a própria definição de ação, nesse sistema, é vista “como uma conduta humana significativa ao mundo exterior que é dominada ou dominável pela vontade do indivíduo”. (ROXIN apud SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p. 91). Portanto, as ações realizadas pelos representantes das empresas, por exemplo, apesar de vincular as pessoas jurídicas, são de responsabilidade sempre individual. (SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p. 92).

Já na Itália, observou-se, até os anos de 1990, uma significativa repulsa às previsões de intitucionalização da responsabilidade penal da pessoa jurídica, inclusive por motivos constitucionais. De acordo a Constituição Italiana, em seu art. 27, “a responsabilidade penal é pessoal. O imputado não é considerado réu até a condenação definitiva. As penas não podem comportar tratamentos contrários ao senso de humanidade e deve visar a reeducação do condenado. Não é admitida a pena de morte.” (SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p. 94).

Desse modo, baseando-se na ideia de que o Direito Penal é destinado ao homem, e que pessoas físicas é quem comandam suas faculdades de autodeterminação e de escolha entre o bem e o mal, o entendimento era pacífico a respeito da limitação da *societas delinquere non potest*. (SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p. 94-95).

No ano de 2001, foi aprovado o Decreto Legislativo n.231, que passou a disciplinar a responsabilidade administrativa de pessoas jurídicas, de sociedades e das associações que também privam de personalidade jurídica. Introduziu-se, por meio desse Decreto, um sistema de responsabilidade administrativa direta por atos praticados pelas empresas. (SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p. 95).

Sobre o tema, Silveira e Saad-Diniz (2015, p. 96), explicam que:

Não menos interessante a situação de que, apesar de não entender pela incompatibilidade da responsabilidade penal da pessoa jurídica com os princípios do Direito Penal (ao contrário da Alemanha), optou-se por não definir a responsabilidade mencionada como “criminal”, mas um regime de responsabilidade ancorado em requisitos necessários do direito

penal (como a prática de um crime), com as próprias garantias deste, mas de tratamento fora do ambiente penal. Isso diferiria em muito do sistema italiano de responsabilidade administrativa tradicional, e se mostra mais próxima do sistema de responsabilidade criminal o que gerou enormes debates sobre a real natureza jurídica do Instituto. Tratar-se-ia, assim, de um sistema misto.

Outrossim, referido sistema híbrido de responsabilização adotada na Itália, no qual a responsabilidade é administrativa e a competência para processamento é do juízo penal (com garantias penais às empresas envolvidas), possui uma criteriosa dogmatização dos requisitos mínimos a serem observados pelos entes coletivos para evitarem que sejam responsabilizados, mostrando-se um sistema de responsabilização de pessoas jurídicas que não é puramente penal, mas que se autodenomina administrativo. (SARCEDO, 2016, p. 112-113).

Por fim, quanto ao modelo presente na Espanha, nota-se que a responsabilidade penal para as pessoas jurídicas foi introduzida efetivamente em 2010, de maneira direta e independente, não existindo mais a necessidade da prévia determinação da responsabilidade de uma pessoa física. O Código Penal espanhol foi reformado em 2015, reforçando a noção e os contornos da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, alcançando as empresas ou entidades que não adotarem as medidas necessárias para evitar o cometimento de delitos. Essa responsabilidade da pessoa jurídica pode, assim, ser declarada com independência, podendo ou não individualizar a responsabilidade penal da pessoa física, ou seja, instituiu-se um modelo duplo (misto), em que a responsabilidade da pessoa jurídica não exclui a das pessoas físicas, bem como a das pessoas físicas, não exclui a das pessoas jurídicas. (DE CARLI, 2016, p. 39).

Dessa forma, o art. 31 do Código Penal espanhol passou a dispor que, nas previsões do Código, as pessoas jurídicas serão penalmente responsáveis pelos delitos praticados em seu nome, em função das mesmas em seu proveito, por seus representantes legais e administradores, de fato de direito. (SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p. 101).

Em consequência, então, verifica-se a própria obrigação das empresas em desempenhar um bom governo cooperativo, estabelecendo uma política de autorregulação que possa servir para abrandar a responsabilidade penal dessas em caso de ocorrência delituosa. Assim, atrelada à noção de responsabilidade social

das pessoas jurídicas, essa concepção viria a legitimar a responsabilidade penal dos entes morais. (SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p.104-105).

Referido modelo é de importante aferição para que se possa tentar compreender, como se verá mais adiante no terceiro capítulo, os caminhos futuros a serem seguidos pelo Brasil quanto à responsabilização penal das pessoas jurídicas.

Ante o exposto, pode-se dizer que na realidade comparada, então, visualizam-se, basicamente, três respostas de como se caracteriza a responsabilidade penal das pessoas jurídicas: “o sistema vicariante ou de transferência de responsabilidade (responsabilidade por atribuição); o de culpabilidade de empresa (responsabilidade por fato próprio) e o sistema misto”. O primeiro ocorre quando um indivíduo que trabalha na empresa pratica um determinado ato criminoso no intuito de favorecer-se da mesma, dando-se, então, a transferência de responsabilidade à própria empresa (heteorresponsabilidade). Por outro lado, no segundo – sistema de culpabilidade da empresa – deve-se analisar o comportamento pós-delitivo da pessoa jurídica e, caso ela demonstre a intenção de prevenção e descobrimento de responsabilidades, então, não merece ser sancionada. Já o sistema misto prevê a combinação dos anteriores: primeiro procede-se de modo vicariante, transferindo a responsabilidade do ato praticado pelo agente à pessoa jurídica, depois, por meio de um “sistema de atenuantes e agravantes”, dependendo de como tenha sido o comportamento pós-delitivo da empresa, estabelece-se a sanção correspondente. (SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p. 107).

Assim, retomando a análise da responsabilidade penal da pessoa jurídica no caso espanhol, o artigo 31 daquele Código Penal parece sugerir que a opção do legislador teria sido a da heterorresponsabilidade, optando-se pelo modelo de transferência ou de imputação (SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p. 110). Entretanto, segundo Silva Sánchez (2013, p. 21), deve-se ter em conta que a previsão do art. 31, 4 *bis*, do Código Penal espanhol destaca que somente poderá ser considerada circunstância atenuante da responsabilidade penal das pessoas jurídicas o fato de ter havido, em momento posterior ao delito, mas antes do processo, por parte dos representantes legais, algumas atividades, como por exemplo: ter confessado à infração às autoridades antes da notícia do procedimento judicial; ter colaborado com as investigações; ter procedido à reparação do dano, entre outros. Tais

considerações conduzem ao entendimento de que o sistema espanhol adotou o modelo misto.

Observa-se que a heterorresponsabilidade pode ser considerada como incompatível com um Estado Democrático de Direito, pois implica, de certa forma, em uma responsabilidade objetiva das empresas, o que seria proibido em âmbito penal. Isso porque, se assim fosse, não teria como se possibilitar a defesa penal das pessoas jurídicas nesses casos, sendo evidente o cerceamento de defesa. (SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p.111). Na tentativa de contornar essa situação, autores como Feijoo Sánchez propõem o desenvolvimento “de toda uma teoria do delito ou uma teoria específica de imputação das pessoas jurídicas que parta do referencial genérico comum a qualquer responsabilidade penal: a de que somente seria legítimo atribuir pena a alguém com base em seu próprio injusto e em sua própria culpabilidade”, seja esse alguém pessoa física ou não. (FEIJOO SÁNCHEZ apud SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p.111).

Dessa forma, nota-se que essa compreensão de que as pessoas jurídicas devem responder ao Direito Penal por seu próprio injusto, considerado, aqui, como um defeito de organização, e por sua própria culpabilidade, que seria uma cultura empresarial em desacordo com a legalidade, abandonando o sistema vicariante, apresenta-se como a proposta aparentemente mais garantista e em conformidade com os fundamentos do sistema penal. (SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p.111).

Por derradeiro, Bacigalupo (2011, p.120) aponta que “la responsabilidad penal de las personas jurídicas será una realidad generalizada tarde o temprano en el derecho penal europeo continental y probablemente también en el derecho penal latinoamericano”¹. Assim, tendo em vista que a responsabilidade penal da pessoa jurídica já é uma realidade no Direito Penal europeu e uma tendência, ao menos em termos de discussões, em âmbito internacional, mostra-se mais adequado ao sistema penal um modelo de autorresponsabilidade ou misto, em que a pessoa jurídica pode responder pelo seu próprio defeito de organização e culpabilidade.

¹A responsabilidade penal das pessoas jurídicas, cedo ou tarde, será uma realidade generalizada no direito penal europeu continental e, provavelmente, também no direito latino-americano. (tradução da autora)

1.4 CONSIDERAÇÕES SOBRE O TEMA DA RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA NO BRASIL

Trata-se de um assunto bastante controverso no Brasil saber se as pessoas jurídicas podem ser responsabilizadas penalmente. Alguns dizem que essa responsabilização é possível e determinada pela própria Constituição Federal de 1988, outros sequer a admitem.

Atualmente a doutrina penal majoritária repele o instituto da responsabilização das pessoas jurídicas, alegando “absoluta irregularidade, inconsistência e anomia de sua previsão”. (SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p. 163).

Aqueles que não a admitem, como visto, defendem sobretudo a impossibilidade de se imputar culpabilidade às pessoas jurídicas. Alega-se, então, que a responsabilidade penal, no cenário jurídico brasileiro, deve ser apenas atribuída às pessoas físicas, já que a imputabilidade penal seria qualidade inerente aos seres humanos e, dessa maneira, as pessoas jurídicas não poderiam praticar crimes. (RAMALHO, 2015).

Ademais, Schecaira (2011, p. 91), em síntese, refere serem quatro as objeções fundamentais tidas pela doutrina brasileira contra a responsabilidade penal da pessoa jurídica: a questão da transposição das penas; da culpabilidade; da falta de vontade destas; e da inaplicabilidade das penas privativas de liberdade às pessoas jurídicas.

Nesse sentido, afirma-se que a Constituição Federal brasileira estabelece que nenhuma pena passará da pessoa do condenado (art. 5, XLV). Todavia, quando uma pessoa jurídica é apenada, os efeitos da pena teriam, nesses casos, efeitos reflexos para além do condenado, a exemplo dos sócios da empresa, funcionários etc, o que implicaria em uma restrição à aceitação desse instituto na realidade brasileira (LUIZI, 2013, p. 39). No entanto, esquece-se, segundo Silveira e Saad-Diniz (2015, p. 167):

[...] quanto às colocações elencadas, poder-se-ia sustentar que dizem elas respeito às penas privativas às pessoas físicas, e não jurídicas. Portanto, que não haveria necessariamente incompatibilidade a outras penas a ser postas às pessoas jurídicas, que também teriam sua responsabilidade atualizada para outro dispositivo constitucional.

Já em relação à culpabilidade, diz-se, como já mencionado, que não seria possível perceber uma culpabilidade da pessoa jurídica, vez que ela não tem consciência. Para tal, utiliza-se de aspectos relativos à aferição da culpabilidade individual, previstas no Código Penal para evidenciar a impossibilidade de constatação da responsabilidade da pessoa jurídica. (SILVEIRA E SAAD-DINIZ, 2015, p. 168-169).

Schecaira (2013, p. 84) menciona, a respeito da questão da culpabilidade, que a própria percepção natural estaria ligada ao fato, não somente a culpa, o que implicaria em se admitir uma certa culpabilidade à pessoa jurídica, inclusive porque estar-se-ia diante de um direito paralelo, em que o interesse público haveria procedência.

De outra forma, há os que defendem que a culpabilidade da pessoa jurídica refletiria um conceito atual de responsabilidade social e que deve ser aferida por meio da análise da vontade do administrador da empresa que atua representando essa.

Outrossim, há os que adotam a teoria de que a pessoa jurídica possui capacidade de atuação e age de maneira voluntária e visando seus próprios interesses, independente da vontade de seus agentes.

A ideia da responsabilidade penal da pessoa jurídica no Brasil surgiu com a Carta Magna de 1988, de maneira específica, com os artigos 173, §5º (ao tratar da ordem econômica) e 225, §3º (ao tratar das responsabilidades ambientais), veja-se:

Art. 173 (Omissis):

§ 5º - A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

Art.225 (Omissis):

§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Dentro dessa concepção de que na Constituição existem mandados de criminalização da pessoa jurídica, com a finalidade de reforçar à proteção de determinados bens e valores especialmente importantes, de acordo com Sarcedo

(2016, p. 174-175), não resta dúvida de que o supracitado artigo 225, §3º, constitui-se numa determinação expressa ao legislador originário, inclusive impondo a responsabilidade penal às pessoas jurídicas, “no sentido de que viabilize a proteção do meio ambiente, incriminando as condutas atentatórias ou lesivas a esse bem jurídico constitucional”.

Shecaira (2013, p. 121-133), conclui a respeito do tema:

A Constituição brasileira, inescindivelmente, adotou a responsabilidade penal da empresa. Ela o faz nos artigos 173 parágrafo 5º, e 225 parágrafo 3º. É, portanto, para esses casos que se recomenda a responsabilização da empresa no plano jurídico-penal. Não obstante alguns autores ainda não admitirem seu reconhecimento, qualquer que seja o critério adotado, com uma interpretação literal, lógico-sistemática ou teleológico, histórico-comparativa ou evolutiva, sempre há de se concluir pela consagração da responsabilidade penal da pessoa jurídica nos dispositivos mencionados.

[...]

Referido artigo 225, § 3º é regulamentado pelo artigo 3º e seu parágrafo único da Lei nº 9.605 de 1998, em que se prevê expressamente a responsabilidade penal da pessoa jurídica e das pessoas físicas integrantes dessa. Preceitua tal artigo:

Art. 3º - *“As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.*

parágrafo único - *A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato.”*

Da leitura desse dispositivo é que surgiu a teoria da “*dupla imputação*”, ou imputação paralela, de modo que assim a pessoa jurídica não pode, sozinha, figurar no polo passivo de ação penal devendo ser processada também a pessoa física que atuou de forma criminosa no interesse ou benefício da entidade. (RAMALHO, 2015).

Ademais, mencionada teoria era inclusive condizente com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Tal Tribunal havia firmado posicionamento no sentido de que é possível a pessoa jurídica ser denunciada em crime ambiental, desde que concomitantemente com as pessoas físicas responsáveis pela infração. Em outras palavras, o STJ não admitia denúncia isolada contra pessoa jurídica. Nesse sentido, haviam diversos julgados:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. CRIMES CONTRA O MEIO AMBIENTE. DENÚNCIA REJEITADA PELO E. TRIBUNAL A QUO. SISTEMA OU TEORIA DA DUPLA IMPUTAÇÃO. Admite-se a responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais desde que haja a imputação simultânea do ente moral e da pessoa física que atua em seu nome ou em seu benefício, uma vez que "não se pode compreender a responsabilização do ente moral dissociada da atuação de uma pessoa física, que age com elemento subjetivo próprio" cf. Resp nº 564960/SC, 5ª Turma, Rel. Ministro Gilson Dipp, DJ de 13/06/2005 (Precedentes). Recurso especial provido.

(REsp: 889528 SC 2006/0200330-2, Relator: Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, STJ, julgamento: 17/04/2007, DJ 18/06/2007, p. 303)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. CRIME AMBIENTAL. RESPONSABILIZAÇÃO EXCLUSIVA DA PESSOA JURÍDICA. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE FIGURAÇÃO DA PESSOA FÍSICA NO POLO PASSIVO DA DEMANDA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. "Admite-se a responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais desde que haja a imputação simultânea do ente moral e da pessoa física que atua em seu nome ou em seu benefício, uma vez que não se pode compreender a responsabilização do ente moral dissociada da atuação de uma pessoa física, que age com elemento subjetivo próprio (REsp 889.528/SC, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJ 18/6/07). 2. Recurso especial conhecido e provido para anular o acórdão que determinou o recebimento da denúncia.

(REsp: 865864/PR, 2006/0230607-6, Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, STJ, julgado em: 10/09/2009, DJ 13/10/2009)

Por outro lado, por maioria de votos, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, recentemente, adotou o entendimento de que é possível se processar penalmente uma pessoa jurídica, mesmo não havendo ação penal em andamento contra pessoa física com relação ao crime. Veja-se:

EMENTA RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PENAL. CRIME AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA. CONDICIONAMENTO DA AÇÃO PENAL À IDENTIFICAÇÃO E À PERSECUÇÃO CONCOMITANTE DA PESSOA FÍSICA QUE NÃO ENCONTRA AMPARO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. 1. O art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação. 2. As organizações corporativas complexas da atualidade se caracterizam pela descentralização e distribuição de atribuições e responsabilidades, sendo inerentes, a esta realidade, as dificuldades para imputar o fato ilícito a uma pessoa concreta. 3. Condicionar a aplicação do art. 225, § 3º, da Carta Política a uma concreta imputação também a pessoa física implica indevida restrição da norma constitucional, expressa a intenção do constituinte originário

não apenas de ampliar o alcance das sanções penais, mas também de evitar a impunidade pelos crimes ambientais frente às imensas dificuldades de individualização dos responsáveis internamente às corporações, além de reforçar a tutela do bem jurídico ambiental. 4. A identificação dos setores e agentes internos da empresa determinantes da produção do fato ilícito tem relevância e deve ser buscada no caso concreto como forma de esclarecer se esses indivíduos ou órgãos atuaram ou deliberaram no exercício regular de suas atribuições internas à sociedade, e ainda para verificar se a atuação se deu no interesse ou em benefício da entidade coletiva. Tal esclarecimento, relevante para fins de imputar determinado delito à pessoa jurídica, não se confunde, todavia, com subordinar a responsabilização da pessoa jurídica à responsabilização conjunta e cumulativa das pessoas físicas envolvidas. Em não raras oportunidades, as responsabilidades internas pelo fato estarão diluídas ou parcializadas de tal modo que não permitirão a imputação de responsabilidade penal individual. 5. Recurso Extraordinário parcialmente conhecido e, na parte conhecida, provido.

(RE: 548181/PR, Relator: Min. ROSA WEBER, PRIMEIRA TURMA, STF, julgado em: 06/08/2013, DJe-213, divulgado em: 29/10/2014, publicado em: 30/10/2014)

Assim, o STF considerou que a aplicação do art. 225, § 3º, da CRFB não impõe a dupla imputação – teoria que vinha adotando o STJ em seus julgados – visto que impô-la implicaria em uma indevida restrição da norma constitucional. Isso porque se entendeu que pessoas jurídicas da atualidade muitas vezes dizem respeito a organizações complexas, caracterizando-se pela descentralização e distribuição de funções e responsabilidades, sendo assim de difícil imputação do fato ilícito a uma pessoa concreta. Dessa forma, não se poderia subordinar a responsabilização da pessoa jurídica à responsabilização das pessoas físicas envolvidas.

Em outras palavras, no Brasil, o STF decidiu pela possibilidade da responsabilização penal da pessoa jurídica quanto aos crimes cometidos contra o meio ambiente independe da culpabilidade do representante legal ou contratual, visto que não é necessária a dupla imputação, sendo suficiente a demonstração de que o ilícito decorreu de deliberações ou de atos cometidos por indivíduos ou órgãos vinculados à empresa, no exercício regular de suas atribuições, enquanto comportamentos aceitos pela pessoa jurídica, e ainda, “que tal atuação tenha se realizado no interesse ou em benefício da entidade coletiva, de acordo com seus padrões e objetivos, ou seja, cumprindo funções e atividades ordinárias.” (DE CARLI, 2016, p. 71).

Por conseguinte, a partir desse julgamento, o Superior Tribunal de Justiça, objetivando alinhar-se a tal posicionamento, passou a adotar o entendimento de que a responsabilização penal da pessoa jurídica independe da responsabilização da pessoa física, podendo, então, a denúncia ser feita apenas contra a pessoa jurídica, quando não se souber especificar a autoria ou participação das pessoas naturais.

Assim, conforme, Silveira e Saad-Diniz (2015, p. 172), a partir da supracitada decisão do STF, “percebe-se uma clara inclinação da jurisprudência brasileira para a mais adequada tese da autorresponsabilidade da pessoa jurídica procurando se afastar das justificativas tradicionais em seu rechaço.”

Nesse sentido são os novos precedentes do STJ:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA POR CRIME AMBIENTAL: DESNECESSIDADE DE DUPLA IMPUTAÇÃO CONCOMITANTE À PESSOA FÍSICA E À PESSOA JURÍDICA.

1. Conforme orientação da 1ª Turma do STF, ‘O art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação.’ (RE 548181, Relatora Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 6/8/2013, acórdão eletrônico DJe-213, divulg. 29/10/2014, public. 30/10/2014).

2. Tem-se, assim, que é possível a responsabilização penal da pessoa jurídica por delitos ambientais independentemente da responsabilização concomitante da pessoa física que agia em seu nome. Precedentes desta Corte.

3. A personalidade fictícia atribuída à pessoa jurídica não pode servir de artifício para a prática de condutas espúrias por parte das pessoas naturais responsáveis pela sua condução. 4. Recurso ordinário a que se nega provimento”.

(RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 39.173/BA, 2012/0203137-9, Relator Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 6/8/2015).

“RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PLEITO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. EXORDIAL ACUSATÓRIA QUE ATENDE AO DISPOSTO NO ART. 41 DO CPP. AUSÊNCIA DE NECESSIDADE DA DUPLA IMPUTAÇÃO EM CRIMES AMBIENTAIS, QUANDO HÁ DENÚNCIA EM DESFAVOR SOMENTE DA PESSOA FÍSICA. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

1. Esta Corte pacificou o entendimento de que o trancamento de ação penal pela via eleita é cabível apenas quando manifesta a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou a ausência de provas da existência do crime e de indícios de autoria.
 2. Devidamente descrito o fato delituoso, com indicação dos indícios de materialidade e autoria, não há como trancar a ação penal, em sede de habeas corpus, por falta de justa causa ou inépcia da denúncia, pois plenamente assegurado o amplo exercício do direito de defesa, em face do cumprimento dos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal.
 3. De acordo com o entendimento jurisprudencial sedimentado nesta Corte de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, o ato judicial que recebe a denúncia, ou seja, aquele a que se faz referência no art. 396 do Código de Processo Penal, por não possuir conteúdo decisório, prescinde da motivação elencada no art. 93, IX, da Constituição da República (AgRg no HC n. 256.620/SP, Min. OG FERNANDES, SEXTA TURMA, DJe 1º/7/2013).
 4. A responsabilidade da pessoa física que pratica crime ambiental não está condicionada à concomitante responsabilização penal da pessoa jurídica, sendo possível o oferecimento da denúncia em desfavor daquela, ainda que não haja imputação do delito ambiental a esta.
 5. Recurso em habeas corpus improvido.
- (RHC 53.208/SP, Rel: Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 21/5/2015, DJe 1/6/2015).

Portanto, os Tribunais Superiores tem decidido no sentido de que a responsabilidade da pessoa jurídica que pratica crime ambiental não se condiciona à responsabilização penal da pessoa natural, conforme observa-se de diversos outros precedentes: AgRg no RMS 48085/PA; AgRg no RMS 48379/SP; RHC 48172/PA e RHC 50470/ES.

Sarcedo (2016, p. 114) considera inclusive que, nos casos concretos submetidos à apreciação do Poder Judiciário, a discussão sobre a inconstitucionalidade da previsão do instituto da responsabilização penal das pessoas jurídicas, baseada na sua suposta desarmonização com princípios penais, parece já superada e pacificada, tanto pelo Superior Tribunal de Justiça quanto pelo Supremo Tribunal Federal, não obstante a grande resistência de parte da doutrina.

A questão que se coloca a partir desses dois mandados expressos de criminalização na Constituição, é se, além das condutas delituosas contra o meio ambiente, contra ordem econômica e financeira e contra a economia popular, o legislador pode se utilizar de tal instrumento para tratar outras áreas merecedoras da

tutela do direito penal por meio da imputação às pessoas jurídicas. (SARCEDO, 2016, p. 176-177)

Silveira e Saad-Diniz (2015, p. 171) observam que o próprio Salomão Schecaira, defensor da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, menciona as dificuldades da efetivação desse instituto jurídico, devido a vícios estruturais inerentes ao mesmo. Isso porque, no Brasil, a matéria manteve-se bastante limitada principalmente a aspectos ambientais.

Nesse contexto, todavia, mostra-se certo do ponto de vista constitucional que, embora não se trata de uma sistemática penal cominadora da pena de prisão, os princípios constitucionais já consagradamente aplicáveis à delimitação e ao controle do poder de punir do Estado em relação às pessoas físicas, devem ser respeitados também quando se referir à imputação penal as pessoas jurídicas, visto que as consequências penais que podem advir desse tipo de responsabilização penal pode atingir, algumas vezes, a sanção extrema da dissolução da sociedade empresária. (SARCEDO, 2016, p. 179).

Daí a necessidade, conclui Sarcedo (2016, p. 179), de:

[...] submeter as pessoas jurídicas ao modelo legal de responsabilidade penal preestabelecido, que seja claro, numa norma especial própria, e que determina a natureza jurídica da espécie de responsabilização pretendida (penal, administrativa, civil ou mista); as condutas e os consequentes tipos penais que podem ser infringidos e suas respectivas penas; quais pessoas jurídicas podem, ou não, ser responsabilizadas; quais as relações e as conexões possíveis existentes entre as ações das pessoas físicas e as das pessoas físicas (jurídicas) no que se refere a ferimento da responsabilidade penal de ambas; os critérios de imputação e suas circunstâncias modificativas; as circunstâncias excludentes a mitigadoras da culpabilidade corporativa.

Assim, para superar um ambiente de insegurança jurídica como o atual nessa questão, em que se vislumbra um tendência do STF em se admitir imputações de delitos às pessoas jurídicas, independente da responsabilização das pessoas físicas, revela-se imprescindível estabelecer claramente as condutas e tipos penais que podem ser imputados aos entes coletivos, assim como normatização dos deveres das pessoas jurídicas e as maneiras de prevenção de delitos possíveis de imputação às essas. (SARCEDO, 2016, p. 124).

Apenas por meio de um sistema claro e seguro, com deveres e obrigações conhecidas e definidas, é que os programas de *compliance* podem vir a ganhar toda

a importância para qual foram preconizados, dado que a falta de critérios relacionados à culpabilidade corporativa acaba por igualar empresas comprometidas de fato com a prevenção de riscos às empresas que não investem nesse sentido. (SARCEDO, 2016, p. 124).

1.4.1 Anteprojeto do Código Penal (Projeto de Lei do Senado nº 236/2012) – breves considerações

O Projeto de Lei nº. 236/2012, que objetiva reformar o atual Código Penal, instituiu a criminalização de pessoas jurídicas de direito privado por condutas praticadas contra a administração pública e a ordem econômica e financeira. Os delitos que poderão ter como autor pessoas jurídicas são: corrupção ativa, formação de cartel, contrabando, descaminho, crimes contra a ordem tributária, delitos contra o sistema financeiro, falimentares e de concorrência desleal. (MOREIRA, 2015).

No tocante à categorização da culpabilidade própria das pessoas jurídicas e à previsão de hipóteses de autorresponsabilidade, o referido Projeto avançou em relação ao que se tinha da Lei 9605/1998. De fato, houve a preocupação em se superar o modelo de responsabilidade penal da pessoa jurídica em que se apreciava as hipóteses de incidência da Lei de Crimes Ambientais, estabelecendo a imputação ao ente coletivo como absolutamente independentemente do desfecho da imputação lançada contra os indivíduos responsáveis pelo mesmo fato. (SARCEDO, 2016, p. 182).

Ou seja, o novo Código Penal propõe que se permita a responsabilização dos entes coletivos de forma totalmente independentemente da identificação das pessoas físicas que efetivamente cometeram o crime.

Outra especificidade incluída nesse Anteprojeto é que a mencionada responsabilidade penal só poderá ser imputável às pessoas jurídicas de direito privado, ficando excluídas do texto final “as empresas públicas que intervêm no domínio econômico”, como era a proposta de Luiz Flávio Gomes. (SARCEDO, 2016, p. 183).

Por conseguinte, em relação à inclusão da responsabilidade penal da pessoa jurídica no Anteprojeto de Código Penal, agora Projeto de Lei do Senado nº 236/2012, estabeleceu o seu artigo 41:

Art. 41. As pessoas jurídicas de direito privado serão responsabilizadas penalmente pelos atos praticados contra a administração pública, a ordem econômica, o sistema financeiro e o meio ambiente, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

§ 1º A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato, nem é dependente da responsabilização destas.

§ 2º A dissolução da pessoa jurídica ou a sua absolvição não exclui a responsabilidade da pessoa física.

§ 3º Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes referidos neste artigo, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la.

Quanto ao §1º desse artigo, a redação proposta pelo Substitutivo do Senador Pedro Taques ficou nos seguintes termos: “A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato, nem é dependente da *identificação* ou da responsabilização destas”. Observa-se que se adicionou a palavra *identificação* a esse parágrafo, dando-lhe maior abrangência, visto que a responsabilidade penal da pessoa jurídica poderá, assim, ser aplicada mesmo que não seja sequer identificado quem foi o responsável individual pelo ato praticado. (SARCEDO, 2016, p. 184).

Desse modo, fica evidenciado que a intenção do legislador ao redigir o §1º do artigo 41 do Projeto de Lei do Senado nº 236/2012 é estabelecer a possibilidade de autorresponsabilização penal para as pessoas jurídicas.

No entanto, referido Projeto, da maneira que se encontra, faz surgir algumas indagações, tais como:

[...] de que forma será aferida a culpabilidade própria do ente coletivo nos termos legais propostos, já que a responsabilidade penal objetiva é vedada constitucionalmente no Brasil? Afastada a hipótese de responsabilidade objetiva, a culpabilidade corporativa será fundamentada na ideia de defeito de organização? Qual será o papel dos programas de *compliance* implantados anteriormente aos fatos

no aferimento do efetivo defeito de organização da empresa? (SARCEDO, 2016, p. 185).

Em outras palavras, percebe-se que ainda faltam elementos concretos e definidos que possam conferir às pessoas jurídicas garantias e maior segurança jurídica, estabelecendo um conceito de culpabilidade corporativa que possua critérios objetivos de aferição, impedindo-se a responsabilidade objetiva, e a criação de parâmetros mínimos dos programas de *compliance*. (SARCEDO, 2016, p. 186).

Ressalta-se que a questão ganha mais importância quando verificado o sistema de penas aplicáveis às pessoas jurídicas, previsto nos artigos 42 a 44 do Projeto de Lei do Senado n. 236/2012, cominando em reprimendas como: multa; restritivas de direitos; prestação de serviços à comunidade; perdimento de bens e valores; publicidade do fato em órgãos de comunicação de grande circulação ou audiência custeada pela empresa condenada; suspensão de atividades pelo período de um a dois anos, em caso de não haver obediência da pessoa jurídica às disposições legais ou regulamentares de proteção ao bem jurídico violado; interdição das atividades pelo prazo de um a três anos, quando o funcionamento estiver em desacordo com autorização concedida ou com violação de disposição legal ou regulamentar; liquidação forçada da pessoa jurídica, se ela estiver sendo utilizada preponderantemente com o fim de permitir, facilitar ou ocultar a prática de crime. (SARCEDO, 2016, p. 186-187).

Assim, há autores como Sarcedo (2016, p. 187) que defendem a necessidade da elaboração de uma Parte Geral própria da responsabilidade penal da pessoa jurídica (em virtude das insuficiências já apontadas), na qual “a normatização de deveres de *compliance* funcione, de um lado, como critério de aferimento da responsabilidade penal e, de outro, como sistema de garantias do ente coletivo”.

Dessa forma, mostra-se necessário estabelecer elementos concretos que permitam identificar quais as condutas e tipos penais que podem ser imputados aos entes coletivos, bem como a normatização dos deveres das pessoas jurídicas e as maneiras de prevenção de delitos possíveis de imputação.

Por fim, pode-se, então, concluir que o alerta feito por Bacigalupo – a respeito de que, em breve, a responsabilização penal da pessoa jurídica será fato inafastável – vai ao encontro dos Projetos legislativos encaminhados ao Congresso Nacional.

2 CRIMINAL COMPLIANCE: SURGIMENTO E DESENVOLVIMENTO EM ÂMBITO INTERNACIONAL

Este capítulo tem como objetivo tratar a respeito da nova criminalidade que se destaca na atualidade, a chamada criminalidade do poder, assim como analisar o instituto do *criminal compliance*, seu conceito, surgimento e objetivos, e os programas de *compliance* desenvolvidos em âmbito internacional.

2.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES SOBRE A CRIMINALIDADE EMPRESARIAL

Diante dos avanços da criminalidade organizada, através do desenvolvimento de técnicas cada vez mais sofisticadas e eficientes para o cometimento de delitos, percebe-se que se apresenta cada vez mais difícil fazer com que o Estado, com seus órgãos de controle e aparato policial, consiga efetivar as responsabilizações e punições criminais, visto que os meios existentes não tem se demonstrado suficientes para coibir a prática desses delitos, hoje conhecidos como relacionados à criminalidade do poder.

Como observa Cardoso (2015, p. 45), citando Ferrajoli, a “criminalidade do poder não é um fenômeno marginal como a criminalidade tradicional, mas sim uma forma de ameaça ao direito inserida no funcionamento globalizado da sociedade, uma nova criminalidade que age recebendo apoio de agentes ocultos fortes e em posição de domínio”. Dessa forma, constata-se ter ocorrido uma considerável alteração na composição social do fenômeno criminal, pois aquilo que se considera como a criminalidade perigosa não surge mais das áreas marginais, mas sim das elites dirigentes, econômicas e políticas. Ademais, ressalta-se que um dos efeitos negativos da globalização é o desenvolvimento de uma criminalidade internacional também global, em que se pode concluir que existem três formas de criminalidade de poder: “a dos poderes abertamente criminais – crime organizado; a dos crimes praticados por grandes poderes econômicos transnacionais; e a dos crimes dos poderes públicos – também geralmente organizada”.

Assim, aquela forma delituosa tradicional de um crime praticado por autor individual contra vítima específica, hoje, divide espaço com o delito econômico, que

pode-se dar como exemplo, “uma transação fraudulenta que vitima milhares de cidadãos e cuja individualização é difícil, se não impossível”. (CABRERA, 2015, p. 125).

Nesse sentido, a criminalidade do poder se diferencia da criminalidade comum visto que nela o autor de crimes faz uso do poder do Estado, das empresas, das instituições financeiras ou de outras formas de organização para a prática de delitos. Desse modo, esses autores de crimes de poder detêm certa superioridade de recursos materiais em relação aos autores de crimes comuns, e, por isso, “passam a ter licitamente acesso a oportunidades diferenciadas que normalmente somente seriam oferecidas a determinados grupos de pessoas”. (CARDOSO, 2015, p. 67).

Outrossim, Hassemer indicou parâmetros que definem a criminalidade moderna, destacando, como exemplo típico dessa nova forma de criminalidade, a criminalidade econômica organizada, inclusive internacionalmente organizada, relacionando três características comuns a esse tipo de estrutura delituosa:

a) ausência de vítimas individuais – a criminalidade econômica moderna é difusa, as vítimas em regra são pessoas jurídicas; b) pouca visibilidade dos danos causados – a criminalidade econômica moderna transcende os direitos individuais universais, e deste modo não são bens jurídicos palpáveis como a vida, a honra ou o patrimônio das vítimas individuais que são lesados; mas toda a economia de um país, por exemplo; c) novo modus operandi – de um modo geral a violência não recebe destaque na criminalidade econômica moderna, o que se evidencia são papéis, contratos, negociações, colarinhos brancos. (HASSEMER apud CARDOSO, 2015, p. 46)

A criminalidade do poder estaria incluída naquilo que Hassemer intitulou como criminalidade moderna, e as características essenciais da forma de agir dos indivíduos que praticam esse tipo de delito, relacionadas pelo referido autor, são “[...] internacionalidade desse tipo de crime, profissionalidade, divisão de trabalho e gente boa, gente com cabeça e proteção contra a investigação policial (há até advogados que participam desse sistema de proteção com alta profissionalidade)”. (HASSEMER apud CARDOSO, 2015, p. 47).

Por conseguinte, no que diz respeito à criminalidade de poder, não se mostra a forma mais adequada de combatê-la apenas a prisão dos responsáveis, pois isso não seria suficiente ao combate de poder, em que a força de corromper encontra

níveis elevados de cumplicidade no âmbito das instituições financeiras, de partidos políticos e de aparatos administrativos dos Estados, auxiliando os criminosos a reduzir os riscos decorrentes da aplicação da lei. (CARDOSO, 2015, p. 48).

Assim, os mecanismos penais tradicionais e as clássicas técnicas de investigação policial devem ser repensados para que se consiga tentar combater esse tipo de criminalidade.

Mostra-se necessário, então, para enfrentar esses crimes, a adoção de políticas públicas de cooperação internacional e de recuperação dos ativos relacionados aos ilícitos praticados, de modo que se evitaria que o produto do crime gerasse uma atividade lucrativa. Além disso, há quem defenda também a elaboração de um Direito Penal Internacional e um Tribunal Penal Internacional para o processo e julgamento destes tipos de delitos. (CARDOSO, 2015, p. 48)

Ademais, diante dessa perspectiva de globalização e evolução da sociedade, as relações empresariais, por conta dos novos riscos, “passaram a exigir uma maior transparência das pessoas jurídicas e de seus administradores, pautada, principalmente, na legislação pertinente à sua área de atuação”. (BENEDETTI, 2014, p. 86).

Essas considerações iniciais são necessárias para se começar a discutir o tema do *criminal compliance*, visto que com o debate da responsabilização penal da pessoa jurídica em voga e o desenvolvimento e aplicação das normas relativas à criminalidade econômica, vem ganhando cada vez mais destaque a discussão sobre esse instituto. (CABETTE; NAHUR, 2013, p. 16).

Isso porque o Estado tem se mostrado ineficaz em reduzir os altos índices dessa criminalidade e, visando promover níveis adequados de segurança, políticos e autoridades governamentais procuram aliviá-lo dessa responsabilidade, reajustando o controle do crime a formas compartilhadas. Apoia-se, assim, em parcerias público/privadas e procura-se realizar ações preventivas por parte da população e das empresas e cidadãos. (DE CARLI, 2016, p. 89).

Sobre o tema, Bacigalupo (2011, p. 32) expõe que:

Es de suponer que esta nueva perspectiva, que comienza a ser desarrollada em Europa y que no puede ser considerada como definitivamente acabada, será también necesaria en los países

latinoamericanos, cuyos sistemas jurídicos se inspiran en la cultura jurídica europea, y en los que también operan empresas europeas. Por lo pronto, La citada Ley chilena sobre la responsabilidad de las personas jurídicas regula extensamente los aspectos referentes a la prevención de infracciones de relevancia penal o administrativa.²

Dessa forma, tal doutrina esclarece que essa nova perspectiva, que tem se desenvolvido na Europa, será necessária também nos países da América Latina, cujos sistemas jurídicos se inspiram nos estabelecidos na Europa. Por conseguinte, também o mercado globalizado e a operação transnacional do comércio mundial tem passado a exigir no âmbito empresarial, a observância às atuais modalidades de gestão do risco. Assim, a atividade empresarial deve preocupar-se, ainda, com os riscos e os custos da regulamentação criminal inseridos em suas atividades.

O *criminal compliance* surge, então, como uma estratégia de prevenção de delitos no âmbito empresarial, para se diminuir os riscos de que ocorra a prática de ilícitos, como por exemplo a corrupção ou a lavagem de dinheiro.

2.2 CONCEITO DE *CRIMINAL COMPLIANCE*

A etimologia da palavra *compliance* deriva do latim *complere* e o seu significado está relacionado a agir ou estar de acordo com regras, normas, condições etc. Os pioneiros em utilizar o termo (*to comply*) foram os norte-americanos, no ramo das instituições financeiras, para representar a necessidade de regulamentação nas relações comerciais. O termo *compliance*, em síntese, significa cumprir, executar, atender a algo imposto, entendendo-se no sentido de conformidade ou de cumprimento da norma. (CARDOSO, 2015, p. 37).

Dessa forma, pode-se compreender o *criminal compliance* como “o estudo dos controles internos e de outras medidas que podem ser adotadas em empresas e instituições financeiras com o fim de prevenção de crimes” (SAAVEDRA, 2011b, p. 11).

² É de se supor que esta nova perspectiva que começa a se desenvolver na Europa e que não pode ser considerada definitivamente pronta, será também necessária nos países latino-americanos, cujos sistemas jurídicos se inspiram na cultura jurídica europeia, e nos demais em que operam empresas europeias. A citada lei chilena sobre responsabilidade das pessoas jurídicas regula amplamente os aspectos referentes a prevenção de infrações de relevância penal e administrativa. (tradução da autora)

Na Espanha, Blanco Cordero e Bacigalupo utilizam, como sinônimo de *compliance*, o termo cumplimiento. Já na Itália, Atrigna emprega o termo conformità para esse mesmo significado, enquanto que no Brasil Saavedra, Bottini e Schecaira, como os alemães, preferem manter a utilização do termo em inglês. (CARDOSO, 2015, p. 37-38).

2.3 ORIGEM

No Direito Penal, o surgimento desse instituto parece estar ligado diretamente ao surgimento de crimes econômicos e da persecução penal de empresários e instituições financeiras, visto que tão somente quando os gerentes de empresas e de instituições financeiras passaram a ser alvos de investigações e processos criminais é que nasceu também a necessidade de prevenção criminal em relação às suas atividades. (SAAVEDRA, 2011b, p. 11-12).

Quanto ao panorama histórico do surgimento do instituto, anota-se:

Trata-se de um conceito contemporâneo à criação do Banco Central dos Estados Unidos da América (*Board of Governors of the Federal Reserve*) em 1913, e sua evolução acompanha cronologicamente outros eventos político-econômicos americanos tais como: a quebra da bolsa de Nova Iorque em 1929; a criação da política intervencionista do *New Deal* em 1932; a votação pelo Congresso Americano de medidas protetivas de mercado de títulos e valores mobiliários e seus investidores, a *Securities Act* em 1933; a criação da SEC (*Securities Exchange Commission*) que implantou a exigência de registro de prospecto de emissão de títulos e valores mobiliários também em 1933; o acordo de *Bretton Woods* que em 1944 estabeleceu as regras de gerenciamento econômico internacional nas relações comerciais e financeiras entre os países mais industrializados do mundo, e ainda, o desenvolvimento do mercado de opções, a criação das metodologias de finanças corporativas (*corporate finance*), e a proibição das chamadas informações privilegiadas (*insider trading*), marcos dos anos setenta. Por sua vez, o impaciente ato terrorista ocorrido nos Estados Unidos em 2001, impulsionou de modo indiscutível o aperfeiçoamento do *compliance*, e, muitas foram as ações criadas em resposta a necessidade de maior segurança financeira e social. (CARDOSO, 2015, p. 34-35).

Ou seja, a conclusão da maioria dos estudiosos sobre a origem do termo *compliance*, conforme expõe a autora, é de que está relacionada à ordem monetária.

Nesse sentido, conforme expõe Silveira e Saad-Diniz (2015, p. 114), em sua origem, os *compliance programs*, possuem uma evidente finalidade de prevenção de crimes econômicos empresariais por meio de uma “corregulação estatal e privada,

estabelecendo o que Sieber denomina de sistemas autorreferenciais de autorregulação regulada, modalidade particular da própria autorregulação”.

Ademais, ainda sobre essa questão, De Carli (2016, p. 82) explica que as raízes do *compliance* podem ser encontradas na década de 1930 nos Estados Unidos, quando se buscavam soluções para o problema do agente-principal, e os primeiros programas de *compliance* foram inseridos pela regulação antitruste por volta de 1950. Em consequência, o movimento pela ética nas décadas de 1970, e pela prevenção do crime, na década de 1980, fizeram com que o tema fizesse parte da agenda de empresas e de reguladores.

Por conseguinte, as crescentes exigências legais que vêm impondo que as corporações empresariais em todo o mundo passem a adotar medidas organizacionais objetivando criar estruturas internas de prevenção de fraudes e delitos, conhecidas como estruturas de *compliance*, misturam-se à crescente expansão penal em torno do debate a respeito do combate à corrupção e de lavagem de dinheiro. (SARCEDO, 2016, p. 30).

Nieto Martín (2008), as estratégias de prevenção aos crimes de corrupção têm como um de seus principais propulsores o *Foreign Corrupt Practices Act* – FCPA, a lei estadunidense que versa sobre atos corruptos nas relações internacionais, a qual é datada de 1977, mas que permaneceu adormecida durante a era Reagan e nos anos seguintes, ganhando seu maior impulso somente a partir da celebração da Convenção da OCDE (Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico), em 17 de dezembro de 1997.

Com a celebração da Convenção da OCDE, os países signatários comprometeram-se a exigir das empresas que comesçassem a estabelecer mecanismos de anticorrupção, principalmente no plano internacional, inclusive por meio da responsabilização penal de pessoas jurídicas (artigo 2), o que na prática representou a “adoção de verdadeiras medidas de *self compliance* pelas companhias”, isto é, de códigos de conduta internos e de meios de denúncia de atos corruptos visando a criação de uma cultura de cumprimento dos ditames legais e regulatórios. (SARCEDO, 2016, p. 30).

Sobre tal, destaca-se que, com a finalidade de se adequar à Convenção da OCDE e também de se tornar membro efetivo desse organismo internacional, teve

grande importância a promulgação da Lei chilena n.20.393, que impôs a responsabilidade penal às pessoas jurídicas naquele país. (SARCEDO, 2016, p. 31).

Verifica-se como exemplo também de documentos internacionais firmados com o objetivo de harmonizar práticas de governança corporativa e de transparência no mundo, os chamados Acordos da Basileia, que incidem sobre o setor financeiro. Estabelece o chamado Acordo da Basileia II “normas e metodologia para controle do risco operacional [das instituições financeiras] como uma das principais ferramentas para determinar o valor de alocação de capital”. Permite identificar os dados e indicadores a respeito de determinada instituição financeira, de maneira a auxiliar na “prevenção de possíveis perdas futuras decorrentes de falhas de gestão ou de falta de transparência nas informações seguras sobre resultados da administração”. (SARCEDO, 2016, p. 31-32).

Posteriormente, elaborou-se a ISO 19600:2014, primeira norma internacional sobre o assunto, em ficou estabelecido que *compliance* definido como o cumprimento de todas as obrigações de uma organização, e que torna-se sustentável a partir da incorporação na cultura da organização, no comportamento e na atitude das pessoas que trabalham nela. (DE CARLI, 2016, 80-81).

Dessa forma, diante da sociedade atual em que novos riscos tecnológicos, ambientais, econômicos e sociais surgem a cada dia, e com o fenômeno da expansão do Direito Penal, vem a necessidade de administrar esses riscos através de uma política de gestão eficiente, que é o que propõe o instituto do *criminal compliance*. (BENEDETTI, 2014, p. 87).

2.4 OBJETIVO

Ressalta-se, de início, que as normas relacionadas ao *compliance* englobam todo o ordenamento jurídico vigente, mas este estudo propor-se-á a analisar de forma mais específica aquelas envolvendo o Direito Penal, a responsabilidade penal e a prevenção através do instituto conhecido como *criminal compliance*.

Isso posto, observa-se que se mostra comum, no contexto empresarial, a necessidade de administrar riscos, cuja gestão eficiente insere-se no conceito de *compliance*, ideia que sugere a adoção de políticas com a finalidade de minimizar os riscos da empresa, assim como fiscalizar as operações cotidianas, para evitar

consequências danosas aos interesses corporativos e individuais. (RIBEIRO, 2011)

Assim, observa-se que, no âmbito do Direito Penal, destaca-se o *compliance* destinado à prevenção da lavagem de dinheiro e da corrupção. (DE CARLI, 2016, p. 78).

Ademais, esclarece-se que, sob a ótica do Direito Penal, os *compliance programs* dizem respeito às medidas que exigem um comportamento conforme regras e proibições do Direito Penal, seguindo, assim, uma lógica própria desse ramo do Direito. De maneira geral, os *compliance programs* refletem uma ideia de autorregulação regulada de pessoas jurídicas com o intuito básico de se evitar o cometimento de ilícitos. A resposta penal aos ilícitos no âmbito empresarial, como visto, pode se dar, em tese, por meio de responsabilização individual ou de pessoas jurídicas. (SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p. 113).

Sobre o tema, Benedetti (2014, 92) – autora que defende a ideia de que as pessoas jurídicas não podem ser responsabilizadas penalmente – afirma que o *criminal compliance* surge como, além de um mecanismo de prevenção de ilícitos criminais, um instituto de transferência de responsabilidade penal, que permite a individualização da conduta praticada por cada um dos indivíduos da empresa, através de princípios básicos instituídos em um contrato profissional, em que haveria uma adesão formal às respectivas responsabilidades.

A respeito dessa individualização das condutas praticadas por cada um dos envolvidos na empresa e as respectivas responsabilidades geradas, Silveira e Saad-Diniz (2015, p. 116-117) fazem importantes considerações:

A ulterior percepção de que a criminalidade intraempresarial, dada no interior de uma empresa, apresenta uma dificuldade inerente de verificação correta de autoria, além, não raro, de uma significativa dificuldade de descobrimento do próprio fato criminoso, começou a mudar o panorama e importância dada ao *compliance* visto também sob um viés criminal. Percebendo-se que dentro de um ambiente empresarial existe uma divisão funcional do trabalho (plano horizontal) e hierárquico (plano vertical), o que tornaria difícil a individualização de certas condutas, chegou-se a dilema similar ao anteriormente visto em relação à responsabilização penal das pessoas jurídicas. Ora, de um lado, tem-se a necessidade de aferição de atribuição individual de responsabilidades, já que isso é absolutamente imprescindível para poder-se verificar a presença real de crime. De outro, verificar-se-ia a consequente dificuldade de eficácia dessa responsabilidade.

Todavia, a apuração dessas responsabilidades individuais nem sempre é uma tarefa fácil.

Um exemplo disso é o caso *Siemens*, na Alemanha, maior empresa da área tecnológica daquele país, em que restou provado manter, durante décadas, contas em paralelo para pagamento, em termos mundiais, de subornos e corrupções. Isso ocasionou, posteriormente, multas, entre outras, como as pagas à Comissão Europeia por violação de normas de concorrência, em 2007, no valor de aproximadamente 420 milhões de euros. (SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p. 117).

Esse caso, mesmo não justificando, naquele país, uma alteração legislativa voltada à aceitação da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, impulsionou, em muito, “a adoção de situações em paralelo a denotar interesses empresariais em prol da investigação e contrários à prática criminosa”. (SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p. 117). Em outras palavras, o modelo de responsabilidade das pessoas jurídicas, mesmo que se mantenha em termos administrativos, pode ter, também, um auxílio do *criminal compliance*, por exemplo, reduzindo uma eventual sanção pecuniária.

Retomando-se a questão específica desse tópico, salienta-se que o *compliance* tem objetivos tanto preventivos como reativos. Objetiva a prevenção de infrações legais em geral, como também a prevenção dos riscos legais e reputacionais aos quais a empresa está sujeita. Além disso, estabelece que a empresa deve apurar as condutas ilícitas de forma geral e as que violam as normas da empresa, adotando ainda medidas corretivas e entregando os resultados de investigações internas às autoridades, quando for o caso. (DE CARLI, 2016, 77-78).

Portanto, o *criminal compliance* apresenta-se como um útil instrumento preventivo e até repressivo que impede a prática de ilícitos e possibilita a devida responsabilização individual e/ou coletiva, nos casos em que a prevenção não tenha se mostrado eficiente (CABETTE; NAHUR, 2013, p. 21).

Todavia, sabe-se que a adoção de um programa de *criminal compliance*, assim como qualquer instrumento de caráter preventivo – criminal, não tem o condão de impedir totalmente a ocorrência de delitos. O objetivo alcançável e realista desse programa é, então, o de demonstrar que a empresa efetivamente incentiva as condutas adequadas ao Direito e repudia a prática de ilícitos, visando

sua apuração no âmbito interno a fim de eliminá-las assim que detectadas. Inclusive, tem sido indicado como instrumento dessa prevenção e repressão internas a delação, com a criação de recursos que propiciem a formulação de denúncias, com sistemas de proteção contra eventuais represálias (FURTADO, 2012, p. 11). Dessa forma, poderia haver, por exemplo, um sistema semelhante ao adotado pelas “ouvidorias”, comuns em órgão públicos e empresas privadas.

Ainda sobre o assunto, Volkov, citado por De Carli (2016, p. 81), explica que os programas de *compliance* têm duas funções principais:

- 1) promover uma cultura positiva, ética, na empresa, construindo a marca, aumentando os lucros e o orgulho dos empregados em fazer parte dela. Isso tem reflexos externos também, porque constrói a confiança nos consumidores, fornecedores, na mídia, projetando uma boa imagem no mercado, aumentando sua atratividade para investimentos (especialmente se a empresa tiver ações em bolsa); 2) proteger a empresa de riscos que vão além das investigações e ações penais, e trazem abalo à imagem e ao valor das ações da empresa no mercado, afetando ainda a cultura da empresa como um ativo que promove o comportamento ético dos altos executivos, dos gerentes e dos empregados.

Além do mais, como meio necessário à preservação da corporação, o instituto do *criminal compliance* surge como um mecanismo de controle interno, de prevenção de práticas de condutas ilícitas criminais, que possam colocar em risco a liberdade de seus dirigentes ou a própria empresa. (BENEDETTI, 2014, p. 84)

Dessa forma, o *criminal compliance* tem por objetivo prevenir a prática de crimes no interior da empresa, assim como uma possível responsabilização penal de seus dirigentes.

Bacigalupo (2011, p. 11) define os programas de *compliance* como programas para a prevenção da responsabilidade penal das empresas e de seus dirigentes, empregados e colaboradores, expondo que a atualidade do tema, na Espanha, cresce com a incorporação da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, mas também que não se refere apenas a isso, como demonstram os cenários alemão e italiano, em que as pessoas jurídicas respondem apenas administrativamente. Na Itália, a lei institui um programa de *compliance* limitado expressamente à responsabilidade administrativa das pessoas jurídicas num sentido semelhante ao que surge da ideia da culpabilidade da organização.

Por conseguinte, consoante Benedetti (2014, p. 80), o instituto de *compliance* pode ser dividido em dois campos de atuação:

[...] um, de ordem subjetiva, que compreende regulamentos internos, como a implementação de boas práticas dentro e fora da empresa e a aplicação de mecanismos em conformidade com a legislação pertinente à sua área de atuação, visando prevenir ou minimizar riscos e práticas ilícitas e a melhoria de seu relacionamento com clientes e fornecedores. O outro campo de atuação é de ordem objetiva, obrigado por Lei. [...] No âmbito subjetivo há uma imposição ético-legal implícita, podendo optar a empresa em aplicar, ou não, o instituto de *Compliance*; já na faceta objetiva o *Compliance* é a exigência legislativa. Em ambos os casos, tem-se como premissa o caráter preventivo de ilícitos. [...] No âmbito internacional e corporativo, *Compliance* tem sido definido como o conjunto de disciplinas introduzidas na empresa para fazer cumprir normas legais e regulamentares, políticas e diretrizes estabelecidas para as suas atividades, bem como ferramenta para evitar, detectar e tratar qualquer desvio ou inconformidade nela existentes.

Desse modo, pode-se entender o instituto de *compliance*, então, como um sistema de controle interno, um conjunto de regras e regulamentos imposto a todos em uma empresa, objetivando evitar ou mitigar os riscos existentes em uma atividade empresarial, assim como preservar a reputação e credibilidade da empresa perante seus clientes e a sociedade em geral.

Nessa linha, os programas de *compliance* podem abranger:

(i) a orientação, formação e reciclagem de empregados e diretores sobre políticas de combate à lavagem de dinheiro; (ii) a elaboração de Códigos internos de conduta, organizar a coleta, sistematização e checagem de informações sobre clientes, empregados, parceiros, representantes, fornecedores e operações praticadas com sua colaboração ou assistência; (iii) o desenvolvimento de sistemas de comunicação interna e externa que facilite o repasse de informações sobre atos suspeitos; (iv) a implementação de sistema de controle interno de atos imprudentes ou dolosos, com mecanismos de apuração e sanção disciplinar. (BOTTINI, 2013).

Em suma, o objetivo do *compliance* é a adoção de práticas de prevenção de ilícitos dentro da empresa e por meio dela, seja como um departamento ou área específica dentro da empresa, ou por contratação de *Officers* terceirizados, na grande maioria escritórios de auditoria e advocacia. Portanto, o *compliance*, tem como função principal assegurar que as normas e processos internos sejam cumpridos, prevenindo e controlando os riscos envolvidos na administração da própria empresa e, como prevenção de riscos externos, a observância da legislação

vigente e das normas regulamentares oficiais de cada ramo de atividade empresarial. (BENEDETTI, 2014, p. 82).

Por fim, em estudo desenvolvido em países da Europa, Oriente Médio, Ásia, Oceania e América do Norte, entre os anos de 2003 e 2006 pela *PricewaterhouseCoopers*, verificou-se que o *compliance* apresenta-se como um pilar efetivo da Governança Corporativa, agregando valores como: aperfeiçoamento no relacionamento com clientes e acionistas, propagação de elevados padrões ético-culturais pela organização e acompanhamento das correções e deficiências (“não conformidades regulatórias e legislativas”), dentre outros. (BENEDETTI, 2014, p. 81).

Dessa forma, a adoção de programas de *compliance* por iniciativa das pessoas jurídicas ocorre para proteção da própria reputação, funcionando, muitas vezes, como publicidade positiva, com a imagem de boa governança, atraindo novos investidores e fidelizando clientes. (DOS SANTOS; GUARAGNI, 2015, p. 101).

2.5 O CRIMINAL COMPLIANCE COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE DE GOVERNANÇA CORPORATIVA

A governança corporativa começou a surgir na década de 1990, como uma maneira de diminuir os problemas da relação “agente-principal”. Governança corporativa refere-se, basicamente, ao sistema pelo qual as pessoas jurídicas são dirigidas e controladas. “Mecanismos de controle e monitoração tendem a evitar que os gestores ajam preferencialmente em prol de seus próprios interesses, o que prejudicaria os interesses da empresa, seus acionistas e partes interessadas”. (DE CARLI, 2016, p. 84).

Para tornar esse estudo mais didático, far-se-á breves distinções entre *compliance*, governança corporativa, controles internos e auditoria interna.

De início deve-se considerar que o programa de *compliance*, especialmente nas instituições financeiras, necessita estar inserido no contexto de governança corporativa. Em síntese, a boa governança corporativa proporciona aos envolvidos “equidade, transparência (disclosure), responsabilidade pelos resultados (accountability) e obediência às leis do país (compliance)”. (CARDOSO, 2015, p. 39).

Dessa forma, insere-se entre as finalidades da boa governança corporativa o conceito de *compliance*, instituto que abrange o *criminal compliance*, e, assim, desempenha uma relevante função na minimização dos riscos legais, especialmente quanto aos crimes relacionados à lavagem de dinheiro e à corrupção. Isso se deve ao fato de que, entre os objetivos relativos à governança corporativa, encontram-se aqueles relacionados à tentativa de impedir que esses crimes ocorram no ambiente empresarial, por meio da imposição de normas de credibilidade, transparência e ética. (CARDOSO, 2015, P. 40)

Ademais, sobre o processo de controles internos e de auditoria interna, analisa Cardoso (2015, p. 41-43):

[...] o processo de controles internos, diferentemente do *compliance* é mais amplo, e dele participam todos aqueles que possuem interesses diretos no desempenho da empresa, enquanto que o *compliance* é de responsabilidade do *compliance officer*. [...] Por fim, o conceito de *compliance* também pode causar confusão se colocado em confronto com o de auditoria interna, entretanto, é possível nesse caso desfazer-se a falta de clareza entre esses institutos, comparando-os sob o aspecto temporal. Desse modo, enquanto o *compliance* é uma atividade que faz parte da rotina diária de uma instituição financeira, a auditoria interna é realizada periodicamente.

Em resumo, o instituto do *compliance* apresenta-se como único na função de fiscalizar e avaliar os mecanismos que constituem os controles internos das empresas, procurando-se evitar, assim, o envolvimento dessas com situações de risco. (CARDOSO, 2015, p. 43).

Enfim, através de uma adequada governança corporativa – “isto é, com uma gestão empresarial que utiliza como ferramenta a implementação de ‘boas práticas’ por meio de um regulamento interno ou, como muitos preferem chamar, ‘Código de Ética’” – a possibilidade de lesão à corporação, por prática de uma má conduta, deverá ser consideravelmente diminuída. (BENEDETTI, 2014, p. 87).

2.6 COMPLIANCE OFFICER

Com a finalidade de definir as responsabilidades na atuação empresarial, surge a criação dos denominados *compliance officers*, aos quais é atribuído o dever

“de avaliar os riscos *compliance* e de criar controles internos com o objetivo de evitar ou diminuí-los de sua responsabilização penal”. (SAAVEDRA, 2011b, p. 11).

Sendo assim, *compliance officers* são profissionais dotados de expertise técnica e de gestão para avaliar os riscos e elaborar controles internos na empresa, visando a prevenção ou minimização dos riscos de responsabilidade legal, para efeito de gerenciamento dos programas de *compliance*. (BENEDETTI, 2014, p.81).

É encargo do *compliance officer* fiscalizar se os procedimentos de controles internos estão em conformidade com a lei, com as regras emanadas de órgãos reguladores e com as normas internas da própria empresa, com o objetivo de investigar e prevenir delitos relacionados, por exemplo, à lavagem de dinheiro, corrupção e outras fraudes. (CARDOSO, 2015, p. 55).

Na prática, verifica-se que a função de *compliance officer* é executada pelo *chief compliance officer* que, a depender da estrutura organizacional da pessoa jurídica, pode ser conferida a um funcionário, a um diretor executivo, ou mesmo a um dos membros do conselho de administração. De qualquer forma, a função do *compliance officer*, deverá ser desempenhada por um cargo de direção, e o *chief compliance officer* deverá se reportar diretamente à presidência ou ao conselho de administração da instituição. Ademais, o *chief compliance officer*, na execução de suas tarefas, poderá ter auxílio de outros funcionários ligados ao departamento de *compliance*. (CARDOSO, 2015, p. 56-57).

Ou seja, o *chief compliance officer* será responsável pela implementação e pela supervisão dos programas de *compliance* dentro de uma empresa.

Segundo Benedetti (2014, p. 92), isso significa que ao *chief legal officer* é atribuída a tarefa de elaborar medidas contratuais de acordo com a legislação penal vigente, a fim de que cada um dos envolvidos profissionalmente na empresa venha a responder, se houver infringência dessas normas, pelos atos praticados na medida de sua culpabilidade, sendo tais executadas pelo *compliance officer*.

Ou seja, entre as funções do *chief legal officer* estão: participar da estruturação, supervisionar o canal de denúncias, acompanhar as investigações, elaborar relatórios e se responsabilizar pela gestão do programa de *compliance*. O CCO, no entanto, não deve ser o único “ator do programa de *compliance*, apenas o seu principal gestor”. (VIEIRA, 2013, p. 21-22).

Portanto, é atribuição do *compliance officer*, sob a orientação de um *chief legal officer*, empregar medidas eficientes para a condução do *compliance* na empresa. (BENEDETTI, 2014, p. 90).

Assim, a posição e as funções do *chief compliance officer*, numa estrutura interna de cumprimento normativo e consequente prevenção de delitos, dizem respeito a denunciar comportamentos irregulares ou ilícitos dentro da empresa, assim como prestar consultoria aos membros da organização sobre a correção e legalidade de determinada atividade duvidosa. (SARCEDO, 2016, p. 53)

Outrossim, sobre o tema, expõe Sarcedo (2016, p. 53):

Como é comum em diversos países, a posição hierárquica do *chief compliance officer* dentro do organograma empresarial deve ser dotada de independência, autonomia, iniciativa e poder de controle, pois ele é o encarregado de implementar e conferir respeito ao programa interno de cumprimento normativo, incumbindo-lhe, também, a detecção de riscos delitivos por condutas duvidosas e a proposição, aos órgãos diretivos ou administrativos da companhia, das medidas tendentes à melhora do sistema de controles internos, para maximizar sua eficácia.

Dessa forma, revela-se de suma importância que a área de atuação do *chief compliance officer* tenha total independência, pois não se trata de uma função auxiliar.

Faz-se um parênteses para observar que nessa cultura de cumprimento normativo destaca-se a relação entre vigilância e *compliance* que se configura na expressão da delegação, às empresas, das funções de prevenção de ilícitos – vigilância em sentido amplo – próprias do Estado. As empresas, por sua vez, “assumem essa delegação mediante a adoção de medidas de autorregulação (regulada), genericamente tidas como programas de cumprimento”. (SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, P. 135).

Por conseguinte, importa discutir também os riscos penais pessoais inerentes à função de *chief compliance officer* que, devido as suas atribuições profissionais, o transformam numa espécie de “vigilante dos vigilantes”, colocando-o em uma posição de risco penal pessoal acentuada, tendo em vista que pode ser considerado como garante de muitas situações reputadas arriscadas, em virtude das diversas possibilidades de se atuar com negligência diante do dever normativo de evitar resultados danosos a bens jurídicos alheios. (SARCEDO, 2016, p. 54).

Verifica-se, então, que há um dever de garante incumbido primordialmente ao empresário, que passa a transferi-lo ao *chief compliance officer*, ao menos em parte considerável, através da delegação de funções dentro da empresa. Por esse motivo parece-lhe interessante criar estruturas eficientes como forma de se evitar riscos e resultados danosos, na medida em que também lhe servem como uma precaução de uma eventual responsabilidade penal pessoal própria. (SARCEDO, 2016, p. 54).

Tal dever transferido diz respeito a obrigações de vigilância, supervisão e cumprimento normativo, recebendo, assim, do empresário a delegação dos deveres de controle dos riscos e perigos da própria atividade empresarial e de supervisão das atividades de outros empregados, também responsáveis em evitar resultados perigosos e danosos em suas respectivas áreas de atuação. Como se vê, então, no caso do *chief compliance officer*, potencializam-se os riscos penais pessoais assumidos pelo profissional empregado que exerce essa função. (SARCEDO, 2016, p. 55).

Contudo, quanto à responsabilidade penal pessoal assumida pelo *chief compliance officer*, a primeira dificuldade encontrada em se discutir essa questão é a falta de definição legal a respeito das obrigações atribuídas a esse profissional, cujos limites de atuação acabam variando de empresa para empresa, gerando grande amplitude de possibilidades derivadas dos riscos assumidos pelo ocupante da função em cada caso concreto. (SARCEDO, 2016, p. 56).

Sobre o tema, Saavedra (2011a, 13) afirma que na tradição dos Estados Unidos e da Europa Ocidental, principalmente da Alemanha,:

[...] os *compliance officers* têm funções muito abrangentes, incumbindo-lhes avaliar constantemente os procedimentos da empresa com vistas a garantir que ela estivesse em conformidade com todas as exigências legais, nacionais ou internacionais, que, de forma direta ou indireta, tivessem influência ou fossem aplicáveis à sua atividade, sejam elas trabalhistas, previdenciárias, ambientais, penais etc.

Uma análise mais acertada sobre o dimensionamento da extensão da responsabilidade do *chief compliance officer* aponta que esse profissional não é, em regra, responsável por funções executivas, mas recebe do empresário a delegação para que assuma a vigilância em diversas esferas de atuação da empresa, devendo transmitir aquelas relevantes aos órgãos de direção que detenham capacidade para agir. (SARCEDO, 2016, p. 56).

Portanto, o *chief compliance officer* possui como função primordial o dever de informar aos órgãos competentes da empresa quando constatar, no meio interno dessa, algum problema relacionado a suspeita do cometimento de delitos ou condutas duvidosas.

Dessa maneira, a responsabilidade penal desse profissional só pode abranger aquilo que se deriva dos deveres por ele efetivamente assumidos quando da delegação recebida da organização empresarial. (SARCEDO, 2016, p. 57).

Assim, poder-se-ia concluir que, nesse contexto, a responsabilização penal da pessoa jurídica poderia funcionar como um meio mais efetivo do que a responsabilização pessoal dos *chief compliance officer*, visto que responsabilizando-se a própria corporação pela sua deficiência organizacional na condução de suas atividades faz-se com que eventuais falhas que importem na ocorrência de delito tenham suas consequências suportadas por toda a coletividade empresarial. O que não impede que se ocorram também as imputações pessoais. Assim, em detrimento de condutas individualizadas, coloca-se como foco o agir coletivo motivado pela vontade do todo corporativo. (SARCEDO, 2016, p. 61).

Em síntese, a empresa que tenha como finalidade evitar a responsabilização penal e diminuir os riscos, visando preservar sua imagem, reputação e credibilidade, deverá estabelecer uma série de regras de comportamentos a serem exigidos, inclusive dos gerentes e diretores da empresa. Serão os *compliance officers* os responsáveis pelo controle interno da empresa, atuando em departamento específico ou por meio de terceirização, assumindo o dever de vigilância do cumprimento dessas regras. (CABRERA, 2015, p. 129).

2.7 ANÁLISE DE PROGRAMAS DE *CRIMINAL COMPLIANCE* E SUA EFETIVIDADE

Utilizando-se do raciocínio econômico para o estudo do crime (teoria econômica do crime), verifica-se que os indivíduos, de uma forma geral, avaliam os custos e benefícios de suas ações antes de decidirem se irão agir ou não em contrariedade à lei. Assim, mediante uma escolha racional, o sujeito condiciona o seu comportamento a fatores positivos e negativos, capazes de estimular ou desestimular a prática do crime. (BECKER apud CARDOSO, 2015, p. 44).

Partindo-se desse raciocínio, a grande dúvida gerada sobre o tema do *compliance* é se, após sopesados os custos e benefícios que esse sistema pode trazer, as empresas passarão a adotá-lo, mostrando-se como um mecanismo eficiente àquilo que se propõe, possuindo real utilidade e credibilidade?

Primeiramente, faz-se importante ressaltar que o conceito de um efetivo programa de *compliance* refere-se a um mecanismo que funciona de maneira contínua dentro de uma corporação, capaz de detectar e prevenir que condutas criminosas aconteçam em seu interior. “Ele deve ser dotado de medidas profiláticas e antecipatórias capazes de detectar e prevenir qualquer atividade criminal antes que ela ocorra”. Ademais, o programa de *compliance* deve apresentar-se personalizado, melhor dizendo, deve ser estruturado de acordo com as características particularidades de cada empresa: circunstâncias específicas, cultura, tamanho, setor de atuação, tipo de atividade e local de operação. (BARRETO, 2014, p. 44).

Tiedemann questiona a eficácia dos instrumentos de *compliance*, pois considera que eles não impedem a ocorrência de condutas criminosas. Segundo o autor, o problema principal é que esses programas, a exemplo da Alemanha e da França à moda dos programas de *compliance* importados dos Estados Unidos, são voluntários e sua infração não vem seguida de uma sanção externa. Dessa forma, muitas empresas, nos Estados Unidos, utilizariam esses programas como um meio de proteção contra as sanções estatais. Ainda conforme o autor, estudos criminológicos mostram que, não obstante os surpreendentes programas de *compliance* em funcionamento em grandes empresas, os responsáveis por essas conseguem praticar delitos. (TIEDEMANN apud DE CARLI, 2016, p.79-80).

Já segundo a análise crítica de Nieto Martín, na realidade da Espanha, a melhor maneira de se potencializar a relação do *compliance* com o Direito Penal “é a introdução da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, considerando que contar com uma organização defeituosa ou não virtuosa consiste no núcleo da responsabilidade ou da culpabilidade dessa pessoa jurídica”. (MARTÍN apud SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p. 123).

Por outro lado, note-se que a lei espanhola de 2010 não especificou as diretrizes fundamentais ao instituir o seu modelo de sistema preventivo, apontando, apenas, que ele deve possuir “medidas eficazes para prevenir e descobrir” delitos

que possam ocorrer por meio da empresa. Quanto a essa questão, mostra-se significativo o entendimento do Ministério Público Espanhol. De acordo com o Circular 1/2011, compreendeu-se que a criação e cumprimento de normas de *compliance guide* das empresas serão relevantes apenas quando se manifestem em uma conduta. Sua formalização ou sua inexistência não interferem na capacidade de incorrer em responsabilidade penal, “porque o determinante não é se ocorreu uma atuação de acordo com o guia ou se esta era hipotética ou objetivamente apta para evitar o delito, senão que com o guia, ou sem ele, pode-se atribuir a responsabilidade penal a pessoa jurídica” derivada dos ilícitos praticados por seus gestores, em seus próprios proveitos. (MATA BARRANCO apud SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p. 123-124).

Sobre essa questão, analisa Mata Barranco citada por Silveira e Saad-Diniz (2015, p. 125):

[...] deve existir uma análise prévia da estrutura da pessoa jurídica, de suas relações interpessoais e interdepartamentais, observando-se a distribuição de competências e funções existentes, bem como o regime de controles presentes para garantir o correto funcionamento da mesma. Além disso, deve ser elaborado um programa de forma a evidenciar, com precisão, as condutas positivas e negativas a serem vistas no âmbito empresarial.

Dessa forma, resta evidente que se precisa haver requisitos mínimos para que se possa, posteriormente, supervisionar juridicamente se a empresa está efetivamente cumprindo com o propósito do *criminal compliance*, que seria diminuir a possibilidade do cometimento de delitos em âmbito empresarial.

Esses programas não estabelecem barreiras intransponíveis ao crime, mas devem ao menos demonstrar-se como um meio de restrição dos mesmos. Todavia, assim como considerou a Circular 1/2011, do Ministério Público espanhol, quando não há esses requisitos mínimos corre-se o risco dos *compliance programs* terem papéis meramente acessórios (SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p. 126-127), o que não seria uma posição adequada.

Por conseguinte, Silveira e Saad-Diniz (2015, p. 154) convidam a uma reflexão:

Aceita a autorregulação (regulada), firmada a possibilidade de responsabilidade da pessoa jurídica quer em termos administrativos, quer em termos penais, ficando-se como necessários programas de *compliance* para atenuação das responsabilidades, estipulando-se a

figura do *compliance officer* como fiscal e garante (por delegação) dos respectivos programas, sendo asseguradas situações de *whistleblowing*, como se estabelece a fiscalização dos programas em questão?

Na busca por essa resposta, inicia-se ressaltando que a “fórmula mágica” do *criminal compliance*, em parte, pode mostrar-se ilusória. Em âmbito internacional, a pressão pela sua implementação manifesta-se cada vez maior. Todavia, na realidade ainda tem-se muitas dúvidas sobre a aplicação judicial do instituto. Isso porque, em diversas vezes, ou os programas são simplesmente ignorados em termos judiciais, ou pouco auxiliam como fator de redução da sanção. Apesar de ser cada vez mais uma regra inerente ao mercado, “restaria saber se ele, de fato, implica utilidade factual do ponto de vista penal”. (SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p. 154-155).

Um dos casos mais interessantes de adoção e formatação de programas de *compliance*, consoante Silveira e Saad-Diniz (2015, p. 157-158), ocorreu no Chile:

Lá, a *Ley n. 20.393*, de dezembro de 2009, resolveu introduzir uma modalidade de responsabilidade penal da pessoa jurídica. Entretanto, empregou, para tanto, a base do modelo italiano, ainda que tenha preferido utilizar a alcunha de responsabilidade penal, e não administrativa. Basicamente, teve-se lá a possibilidade de punição de qualquer pessoa jurídica por qualquer modalidade de crime, utilizando-se, para tanto, de uma responsabilidade mista, por onde se pode punir tanto a própria empresa como os seus funcionários, diretores ou gestores que tenham, em seu benefício, deixado de agir consoante os deveres inerentes ao seu cargo para evitar o crime. Tais deveres são especificados em lei, sendo que a pessoa jurídica ficaria impune quando implementa o devido *compliance program*, os quais devem ser submetidos à certificação, consoante normativa própria.

Esse sistema revela uma conexão interessante entre um bom Governo Corporativo e o sistema de *compliance*, mas ainda não se tem conhecimento em que medida o mesmo mostrar-se-á eficaz.

Em uma análise, observa-se que a exclusão ou a atenuação de responsabilidades penais só aparenta ser adequada ou possível, se o *compliance program* revelar-se um mecanismo de gestão exitoso que comprove ser capaz de prevenir, detectar e remediar descumprimentos que podem ocorrer no meio empresarial. (SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p. 159).

Por outro lado, expõe Cabbette e Nahur (2013, p. 25) que:

Certamente o grande risco da “Criminal Compliance” enquanto instituto que tem uma origem privada inserida no âmbito da autorregulação é a possibilidade de perversão em instrumento de criação de impunidade por sua conformação voltada para ocultar reais responsáveis pelas infrações ou para criar mecanismos de cometimento de irregularidades de maneira a impedir a detecção pelos órgãos estatais de investigação.

Nesse sentido, ressalta-se que a melhor e mais segura modalidade de *criminal compliance* não é aquela originada na iniciativa privada, elaborada espontaneamente pelas empresas, e sim aquela promovida pela determinação legal e fiscalização por órgãos públicos, sendo difícil perverter seus objetivos preventivos, a não ser pela desobediência às normas que o regulam. (CABETTE; NAHUR, 2013, p. 25-26).

Outrossim, verifica-se que os códigos de conduta das empresas devem mostrar-se como instrumentos individualizados, não se baseando em modelos pré-concebidos, o que demonstra uma maior preocupação na autorregulação da empresa. Admitindo-se uma lógica penal ao programa de *compliance*, o papel do penalista se evidencia na “confecção, implementação e avaliação do mesmo, cabendo, ao depois, uma ideal avaliação por parte do magistrado”, que é quem deverá sopesar a função da pessoa jurídica diante do programa implantado e, em última análise, deverá ser feita uma avaliação contextual de prova em relação ao programa. (SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p. 159-160).

Ademais, expõe Silveira e Saad-Diniz (2015, p. 160) que:

[...] em uma realidade comparada, pode-se verificar que países como Reino Unido, Itália, Japão ou Austrália chegam a prever uma completa exclusão da responsabilidade penal da pessoa jurídica conforme seja a adequação e respeito ao *compliance program*. Em outras realidades, mais frequente, como nos Estados Unidos da América do Norte, o respeito ao mesmo pode abrandar a pena. De todo modo, parece fundamental, uma vez mais, uma alteração na percepção na alteração judicial do tema, desvinculando-se, assim, da tradicional pretensão de responsabilidade individual. Esta, como se viu, mostra-se unicamente reativa, deixando de lado toda a preocupação preventiva. Se, no entanto, toda a referência dada ao *criminal compliance* é de ordem preventiva, resulta absolutamente incongruente a dificuldade do judiciário em não conceder os inerentes benefícios de um correto programa. Embora reste claro que a mera existência do mesmo possa ter efeitos penais, e que não se mostre claro quais os fatores devem ser levados em conta para determinar-se o grau de sua efetividade, põe-se como imperioso que a avaliação no caso concreto delimite o grau de responsabilidade consoante o caso concreto.

Nesse aspecto, mesmo que a jurisprudência comparada mostre-se escassa, interessante analisar a decisão italiana no já mencionado caso *Siemens*. A Corte peninsular, naquela ocasião, em virtude da corrupção de funcionários, entendeu que o *compliance program* daquela empresa, em relação à imposição de medidas cautelares, tinha falhado, visto que sempre havia a participação de uma terceira pessoa que impossibilitava o devido controle; que houve a reincidência do comportamento delitivo, reiterando-se pagamentos ilegais e de comissões; que se constatou a existência de fundos disponíveis para fins ilícitos; que os delitos foram cometidos por funcionários da empresa; que não houve alteração no *compliance program* uma vez detectados os delitos; que não houve, por parte da empresa, “sanção disciplinar a nenhum dos autores dos delitos; que se mostrou patente a menção incorreta dos fundos nos livros de registros da empresa”. (SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p. 160-161).

Por fim, percebe-se que, se a realidade comparada já indica uma difícil aceitação, pelo Judiciário, de favores legais em troca do cumprimento de programas de *compliance* específico, parece previsível que problemas similares estarão presentes na realidade brasileira. Porém, se a política criminal quer incluir a noção de prevenção de delitos empresariais mediante a instituição de ideais de *criminal compliance*, parece essencial que a prestação judicial também venha assentir com essa dimensão atual do Direito Penal, sob o risco de “desprestígio e absoluta ineficácia na inovação”. (SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p. 161).

Melhor dizendo, devem-se criar mecanismos claros e objetivos, que garantam a aplicação desses novos “favores legais”, oferecendo segurança jurídica às empresas que adotam efetivos programas de *compliance*, ou esse instituto estará fadado a ineficácia, descredibilidade e desuso, pois não se mostrará capaz de estimular um comportamento positivo na relação custo-benefício, que certamente será sopesada pelos empresários, fazendo com que a ideia de não resposta à criminalidade empresarial perdure e se propague no tempo e na sociedade.

Por fim, importa ressaltar que:

[...] a aplicação dos programas de cumprimento de normas, especialmente de normas penais geram custos a atividade empresarial, contudo referidos programas podem ser utilizados em favor da empresa revertendo estes custos em benefícios, tais como aqueles decorrentes da melhora da imagem da empresa e os custos oriundos da evitação de processos criminais. Assim, os benefícios

trazidos à atividade empresarial com a criação e implementação de programas de *criminal compliance* devem ser destacados como forma de incentivo ao desenvolvimento de uma nova cultura das relações entre direito penal e atividade empresarial. (DE CASTRO; ANTONIETTO, 2014, p. 14).

As políticas de *criminal compliance* que abrangem o respeito às normas penais dentro da atividade empresarial com a intenção de evitar o cometimento de delitos praticados por meio e em favor da empresa, poderão proporcionar vantagens à atividade empresarial. Essas vantagens poderão estar relacionadas a forma “de um diferencial publicitário positivo a empresa que zela pela correspondência normativa de suas atividades, e, também, pelos custos evitados na prevenção de processos judiciais, especialmente processos criminais”, os quais provocam desgaste à imagem institucional e de seus diretores, assim como prejuízos por causa da aplicação de penalidades, a exemplo de multas e paralisação das atividades. (DE CASTRO; ANTONIETTO, 2014, p. 12-13).

Dessa forma, percebe-se que, em se garantindo a mencionada segurança jurídica às empresas que adotam programas de *compliance* efetivos, esses poderão resultar em diversos benefícios às pessoas jurídicas, como a melhora de sua imagem, além de ser uma forma de evitar os custos e desgastes gerados por eventuais processos criminais.

3 A NOÇÃO DE *CRIMINAL COMPLIANCE* NO CENÁRIO JURÍDICO BRASILEIRO E OS DESAFIOS TRAZIDOS PELAS LEIS DE LAVAGEM DE DINHEIRO E DE COMBATE À CORRUPÇÃO

Esse capítulo abordará os aspectos do *compliance* no âmbito jurídico nacional, seu surgimento, desenvolvimento, assim como sua relação com as Leis n. 9.613/98 e 12.846/2013.

3.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES SOBRE O SURGIMENTO DO *COMPLIANCE* NO BRASIL

Ainda não há muito que se possa afirmar sobre a realidade do chamado *criminal compliance* no Brasil. Em verdade, o *criminal compliance* e a autorregulação seguem um “tortuoso” caminho, assim como visto em relação à responsabilidade penal das pessoas jurídicas (SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p. 212). Nas palavras dos autores, Silveira e Saad-Diniz (2015, p. 173):

Dada as considerações bastante limitadas acerca da responsabilidade penal das pessoas jurídicas no Brasil, não é de se estranhar que também conceitos como *compliance* ou *criminal compliance* possam soar estranhos ao operador do Direito Penal. Eles o são, em boa medida, pela pouca ou quase nenhuma incidência até o advento da primeira previsão quanto à lavagem de dinheiro no país.”

De início, cumpre observar que, como já tratado no capítulo anterior, tradicionalmente, um dos problemas principais relacionados aos programas de *compliance* decorre do fato de serem voluntários, não ocasionando nenhuma sanção, seja interna ou externa, àquele que o infringe.

Assim, pode-se dizer que não há, no Brasil, dispositivo legal específico exigindo a criação de programas de *compliance* para determinado setor econômico, “com regras ou formas minimamente definidas” (SCANDELARI, 2015, p. 189-190). Por esse motivo inclusive é que uma das conclusões de Benedetti (2014, p. 128) é pela imprescindibilidade da elaboração de legislações específicas que imponham, expressamente, a utilização do instituto do *compliance* nas corporações.

As normas administrativas existentes, a exemplo de circulares e resoluções editadas há alguns anos pelo Banco Central (desde 2004), assim como resoluções

do Conselho Monetário Nacional (desde 1998) e do Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF (desde 2012), regulam somente a atividade financeira em geral que, como consequência, podem evitar indiretamente a ocorrência de delitos tributários e de lavagem de dinheiro, porém não tem esse objetivo especificamente mencionado. Contudo, independentemente disso, como se analisará logo adiante, o Superior Tribunal de Federal entendeu adequado fundamentar condenações pela prática do crime de lavagem de dinheiro, no julgamento do “Mensalão” (AP 470), pela alegada quebra de deveres de *compliance*. (SCANDELARI, 2015, p. 190).

Assim, no Brasil, podem ser consideradas como o marco do surgimento da ideia do *compliance* as recomendações da Basileia I, postas em prática através da Resolução do Conselho Monetário Nacional 2.554/98, que corporificaram o instituto no ordenamento jurídico brasileiro. (CARDOSO, 2015, p. 35).

Por conseguinte, dando seguimento a uma tendência de caráter mundial e preconizada pelo Grupo de Ação Financeira Internacional – GAFI, o Brasil aprovou, em 1998, sua primeira legislação contra a lavagem de dinheiro, Lei n. 9.613/98. (SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p. 174-176).

Dessa forma, com o advento da referida Lei e da mencionada Resolução 2.554/98, estabeleceram-se, no país, os deveres de colaboração nas investigações envolvendo lavagem de dinheiro, instituindo os chamados “deveres de *compliance*”. Estabeleceu-se também a elaboração de sistemas de controles preventivos em âmbito interno contra práticas de corrupção, lavagem de dinheiro e outras que possam pôr em risco a “incolumidade do sistema financeiro”. (CABETTE; NAHUR, 2013, p. 16).

Ademais com a Lei nº 9.613/1998, a partir da nova redação estabelecida pela Lei 12.683/2012 (Lei dos Crimes de “Lavagem” ou Ocultação de Bens, Direitos e Valores), é que se criou o COAF, objetivando “identificar, disciplinar e aplicar penas administrativas às atividades ilícitas praticadas, nos termos desta Lei”. (BENEDETTI, 2014, p. 76). Outrossim, referida Lei determinou verdadeiros deveres de *compliance* nas obrigações impostas em seus artigos 10 e 11, às pessoas físicas ou jurídicas apontadas no artigo 9º (BENEDETTI, 2014, p. 78), ocorrendo, com isso, certa transferência da responsabilidade do Estado à esfera privada, no tocante à prevenção à lavagem de dinheiro.

Assim, segundo Saavedra (2011b, p. 11-12):

O conceito de *Compliance* surgiu na década de noventa, mas, apenas nos últimos anos, ele passou a ter a relevância jurídico-penal, principalmente, com a entrada em vigor da Lei 9.613, de 03.03.1998, e da Resolução nº 2.554, de 24.09.1998, do Conselho Monetário Nacional.

Outrossim, recentemente foi aprovada a Lei 12.846/2013, a qual poderia se entender como uma tentativa do Governo em colocar o país em consonância com os ditames globais atuais de combate ao crime de corrupção. (CARDOSO, 2015, p. 123).

Nesse sentido, acredita-se que a Lei 12.846/2013 corresponda à uma resposta nacional às recomendações da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) em relação à criação de uma legislação específica com a capacidade de combater efetivamente a corrupção, que tem se tornado uma prática delitiva cada vez mais associada à lavagem de dinheiro. (CARDOSO, 2015, p. 124).

Portanto, pode-se dizer que, em termos de *compliance*, as previsões iniciais desse instituto no Brasil encontram-se na Lei n. 9.613/98, conhecida como a Lei de Lavagem de Dinheiro e, mais recentemente, na Lei n. 12.846/2013, chamada de Lei Anticorrupção. Na primeira – Lei n. 9.613/98 –, foram estipuladas previsões de responsabilização administrativa às pessoas jurídicas quando não efetivada a obediência normativa, já a segunda – Lei n. 12.846/2013 –, passou a estipular um sistema de responsabilidade civil e administrativa às pessoas jurídicas.

3.2 SISTEMA BRASILEIRO DE PREVENÇÃO E COMBATE À LAVAGEM DE DINHEIRO E O *CRIMINAL COMPLIANCE*

O esforço internacional direcionado à elaboração de políticas relacionadas ao combate ao crime de lavagem de dinheiro, assim como de corrupção, impactou vigorosamente a produção legislativa de cada país (não sendo diferente no Brasil), ocasionando a criação de leis com esses objetivos, tanto em âmbito material como processual. (BADARÓ; BOTTINI, 2013, p. 30).

Como dito, além de normas administrativas diversas editadas, sobretudo, pelo Banco Central do Brasil (BC), pela Comissão de Valores Imobiliários (CVM) ou pelo

Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), entre outros órgãos, o mais importante diploma legal promulgado no País, de cunho indiscutivelmente penal, que impõem obrigações incentivadoras da elaboração de um programa de *compliance*, é a Lei nº 9.613, de 03 de março de 1998, principalmente depois das alterações feitas pela Lei nº 12.683, de 09 de julho de 2012. (SARCEDO, 2016, p. 33-34).

Ou seja, por meio das obrigações criadas pela referida Lei, a determinadas pessoas físicas e jurídicas, impõe-se um sistema de controle que pode ser encarado também como uma política de *compliance*. (BENATTO, 2015, p. 263).

Assim, no mesmo diploma legal em que o Estado brasileiro descreve o tipo penal de lavagem de capitais, impõem-se uma série de deveres de cumprimento por parte de pessoas físicas e jurídicas. Essas obrigações decorrentes de lei afetam, no Direito Penal, principalmente “la cuestión de la tipicidad adquiere el sentido de un calculo ex ante dela relevancia de la conducta con miras a prevenir la responsabilidad, como se dijo, no solo de las personas individuales, sino la empresa misma.” (BACIGALUPO, 2011, p. 23) ³

Dessa forma, o melhor exemplo de *criminal compliance*, no Brasil, pode ser encontrado na Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei 9.613/98, alterada pela Lei 12.683/12).

Outrossim, a Lei n. 9.613/98, além de prever originariamente um rol taxativo de delitos antecedentes à lavagem de dinheiro, ela cuidou, também, de estipular as pessoas sujeitas à Lei (art. 9º); o dever de criação de sistemas de identificação dos clientes e manutenção dos registros (art. 10) e o dever de comunicação de operações financeiras previstas às autoridades financeiras (art. 11) e a derivada previsão de responsabilidade administrativa pelo descumprimento dos deveres (art. 12). (SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p. 174-176).

Contudo, a Lei 9.613/98 foi significativamente modificada com a Lei n. 12.683/2012. Desde então, além de se superar a questão do rol de crimes antecedentes, deixou-se de se mencionar as pessoas sujeitas à Lei, mas sim,

³ A questão da tipicidade adquire o sentido de um cálculo anterior sobre a relevância da conduta com o objetivo de prevenir a responsabilidade tanto de pessoas individuais como da própria empresa. (tradução da autora).

aquelas sujeitas ao mecanismo de controle, consideradas verdadeiramente como vigilantes. (SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p. 177).

Sobre isso, veja-se o art. 9º da Lei de Lavagem de Dinheiro, já modificado pela Lei nº 12.683, de 2012:

Art. 9º Sujeitam-se às obrigações referidas nos arts. 10 e 11 as pessoas físicas e jurídicas que tenham, em caráter permanente ou eventual, como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não: (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)

I - a captação, intermediação e aplicação de recursos financeiros de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira;

II – a compra e venda de moeda estrangeira ou ouro como ativo financeiro ou instrumento cambial;

III - a custódia, emissão, distribuição, liquidação, negociação, intermediação ou administração de títulos ou valores mobiliários.

Observa-se ainda que referido artigo possui um parágrafo único bastante longo em que se acrescentam outras pessoas que se sujeitam também às mesmas obrigações.

Sendo assim, tal artigo estipulou um rol extenso de pessoas físicas ou jurídicas em posição especial de vigilância em relação a esses delitos de lavagem de dinheiro, impondo-lhes os deveres estabelecidos nos artigos 10 e 11 que, em hipótese de descumprimento, geram as sanções administrativas previstas no artigo 12 do mesmo diploma legal. (SARCEDO, 2016, p. 35).

Seriam essas pessoas que, por meio de suas relações profissionais, costumam lidar com grandes quantias de dinheiro e que por esse motivo, objetivando evitar uma eventual ocultação clandestina de dinheiro suspeito, assumem a obrigação de se submeter ao controle de Estado. Nesse sentido, “aprimoram-se o sistema de identificação de clientes e de manutenção de registros (art. 10), bem como a comunicação das operações financeiras (art. 11)”, e no art. 12, de maneira explícita, assegurou-se uma responsabilidade administrativa para a hipótese de descumprimento das prevenções anteriores. (SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p. 178-180).

Tal legislação impõe, então, aos órgãos estatais de controle que fiscalizem a informação sobre operações suspeitas envolvendo a lavagem de capitais.

Ou seja, as informações e presença de um sistema de comunicação aos órgãos públicos é compulsória para pessoas físicas e jurídicas que estão elencadas na legislação. (CABETTE; NAHUR, 2013, p. 26).

Ainda sobre o tema, Scandelari (2015, p. 190) esclarece:

A Lei nº 9.613/98 (alterada pela Lei nº 12.683/2012), em seu art. 10, III e IV, e art. 11, II e III, atribui aos dirigentes de instituições financeiras e empresas a obrigação de implantar medidas de controle que lhes permitam atender a determinadas obrigações de *comunicações de informações*, a autoridades competentes, acerca do volume de operações e dados cadastrais (art. 11). O não atendimento a tais obrigações sujeitará as pessoas jurídicas e os seus administradores a sanções administrativas previstas no art. 12 da citada lei.

Melhor dizendo, às pessoas físicas ou jurídicas mencionadas no art. 9º da Lei de Lavagem de Dinheiro são atribuídos, entre outros deveres, aqueles próprios de programas de *compliance*, como por exemplo a obrigação de adotar políticas, controles e procedimentos internos compatíveis para que seja possível prestar informações aos órgãos competentes. Isso porque, como visto, essas pessoas são consideradas em especial posição de vigilância, visto que, em tese, suas atividades profissionais encontram-se mais próximas a uma “área sensível ao cometimento de ilícitos”. (SARCEDO, 2016, p. 35).

Sobre esses deveres próprios de programas de *compliance*, impostos às pessoas físicas e jurídicas, alçadas à posição de vigilantes, extrai-se o artigo 11 da Lei 9.613/98:

Art. 11. As pessoas referidas no art. 9º:

I - dispensarão especial atenção às operações que, nos termos de instruções emanadas das autoridades competentes, possam constituir-se em sérios indícios dos crimes previstos nesta Lei, ou com eles relacionar-se;

~~II - deverão comunicar, abstendo-se de dar aos clientes ciência de tal ato, no prazo de vinte e quatro horas, às autoridades competentes;~~

II - deverão comunicar ao Coaf, abstendo-se de dar ciência de tal ato a qualquer pessoa, inclusive àquela à qual se refira a informação, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, a proposta ou realização: (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)

~~a) todas as transações constantes do inciso II do art. 10 que ultrapassarem limite fixado, para esse fim, pela mesma autoridade e na forma e condições por ela estabelecidas;~~

~~a) todas as transações constantes do inciso II do art. 10 que ultrapassarem limite fixado, para esse fim, pela mesma autoridade e na forma e condições por ela estabelecidas, devendo ser juntada a~~

~~identificação a que se refere o inciso I do mesmo artigo;~~ (Redação dada pela Lei nº 10.701, de 2003)

a) de todas as transações referidas no inciso II do art. 10, acompanhadas da identificação de que trata o inciso I do mencionado artigo; e (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)

~~b) a proposta ou a realização de transação prevista no inciso I deste artigo.~~

b) das operações referidas no inciso I; (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)

III - deverão comunicar ao órgão regulador ou fiscalizador da sua atividade ou, na sua falta, ao Coaf, na periodicidade, forma e condições por eles estabelecidas, a não ocorrência de propostas, transações ou operações passíveis de serem comunicadas nos termos do inciso II. (Incluído pela Lei nº 12.683, de 2012)

§ 1º As autoridades competentes, nas instruções referidas no inciso I deste artigo, elaborarão relação de operações que, por suas características, no que se refere às partes envolvidas, valores, forma de realização, instrumentos utilizados, ou pela falta de fundamento econômico ou legal, possam configurar a hipótese nele prevista.

§ 2º As comunicações de boa-fé, feitas na forma prevista neste artigo, não acarretarão responsabilidade civil ou administrativa.

~~§ 3º As pessoas para as quais não exista órgão próprio fiscalizador ou regulador farão as comunicações mencionadas neste artigo ao Conselho de Controle das Atividades Financeiras – COAF e na forma por ele estabelecida.~~

§ 3º O Coaf disponibilizará as comunicações recebidas com base no inciso II do caput aos respectivos órgãos responsáveis pela regulação ou fiscalização das pessoas a que se refere o art. 9º. (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)

Dessa forma, percebe-se que, com o advento da Lei 12.683/12, as obrigações referentes à política preventiva foram ampliadas.

Cita-se como exemplo a imposição de que os obrigados à prestação de informações adotem “políticas, procedimentos e controles internos, compatíveis com seu porte e volume de operações” (artigo 10, inciso III, da Lei 9.613/98 com nova redação dada pela Lei 12.683/12) (CABETTE; NAHUR, 2013, p. 26). Isso acaba por determinar a obrigação “de capacidade técnica e constante supervisão interna por parte das pessoas jurídicas afetadas” (ESTELLITA; BOTTINI, 2012, p. 2).

Observa-se, assim, que há uma imposição legal, ou seja, as regras a serem seguidas estão estabelecidas em lei e devem ser fiscalizadas por órgãos públicos. Entre esses órgãos, um dos principais é o Conselho de Controle de Atividades

Financeiras (COAF), criado em 1998 pela Lei 9.613 e mantido pela Lei 12.683/12 como órgão regulador e sancionador administrativo (RODRIGUES, 2012, p. 15)

Logo, de fato pode-se dizer que a Lei de Lavagem de Dinheiro inaugurou um certo sistema de *criminal compliance* no cenário jurídico brasileiro. No momento em que especifica que determinadas pessoas (físicas e jurídicas) estão obrigadas a identificar seus clientes e a manter registros dos mesmos, e, em contrapartida, comunicar certas operações financeiras, tudo com o objetivo de se evitar o cometimento de crime, estabelece uma noção de *criminal compliance*. Mostra-se uma ideia preventiva bastante clara, com vistas a evitar a prática de lavagem. Além disso, estabelece sanções administrativas caso constatado o descumprimento das obrigações legais. Ademais, segundo o teor do artigo 13, “assegurados o contraditório e a ampla defesa”, visualiza-se, também, uma lógica penal a ser aplicada. Verifica-se, então, dentro de uma lei penal, a imposição de uma sanção administrativa que pode ser atribuída também às pessoas jurídicas, mas no processo são consagradas garantias penais de contraditório e ampla defesa. Assim, do mesmo modo que se constatou no exemplo italiano, perceptível um caráter substancialmente penal também a essa modalidade de sanção. (SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p. 180-181).

Outrossim, como bem colocam Badaró e Bottini, há grandes impactos advindos do imperativo desses deveres e obrigações, fixados na supracitada lei, às pessoas enumeradas nela, principalmente aqueles que detêm características essencialmente de sigilo e confiabilidade, como é o caso do advogado. Esses foram transformados, então, repentinamente, em “delatores institucionalmente obrigados”, disposição que os obriga a reformular “políticas de relacionamento, para alcançar um equilíbrio entre o *dever de colaboração* com as autoridades públicas e a manutenção da *relação de confiança* com o cliente”. (BADARÓ; BOTTINI, 2017, p. 36-37).

Embora não seja o objetivo deste estudo analisar profundamente essa questão, faz-se importante ressaltar que há uma invencível incompatibilidade da obrigação de informar quando determinada em relação a certas pessoas ou profissões que possuem o seu dever de sigilo garantido por lei, como ocorre com os advogados, mostrando-se inconstitucional se considerada a “proeminência adquirida

por essa profissão na Constituição de 1988 no contexto da autodefinição de País como sendo um Estado Democrático de Direito”. (SARCEDO, 2016, p. 36).

Quanto às previsões do artigo 12, que estabelece as possibilidades de sanções administrativas em razão do descumprimento dos deveres do artigo 11, destaca-se que são mencionadas sanções exclusivamente de caráter administrativo para o caso de não cumprimento das regras de *compliance*. Dessa maneira, “não se menciona, de forma algum, um dever de garante, nem mesmo se faz menção às práticas para se evitar a prática da lavagem, e por isso, pretender-se atribuir a responsabilidade para além do texto legal parece ir muito além do propósito e dos limites da Lei”. (SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p. 182).

Veja-se:

Art. 12. Às pessoas referidas no art. 9º, bem como aos administradores das pessoas jurídicas, que deixem de cumprir as obrigações previstas nos arts. 10 e 11 serão aplicadas, cumulativamente ou não, pelas autoridades competentes, as seguintes sanções:

I - advertência;

~~II - multa pecuniária variável, de um por cento até o dobro do valor da operação, ou até duzentos por cento do lucro obtido ou que presumivelmente seria obtido pela realização da operação, ou, ainda, multa de até R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais);~~

II - multa pecuniária variável não superior: (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)

a) ao dobro do valor da operação; (Incluída pela Lei nº 12.683, de 2012)

b) ao dobro do lucro real obtido ou que presumivelmente seria obtido pela realização da operação; ou (Incluída pela Lei nº 12.683, de 2012)

c) ao valor de R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais); (Incluída pela Lei nº 12.683, de 2012)

III - inabilitação temporária, pelo prazo de até dez anos, para o exercício do cargo de administrador das pessoas jurídicas referidas no art. 9º;

~~IV - cassação da autorização para operação ou funcionamento.~~

IV - cassação ou suspensão da autorização para o exercício de atividade, operação ou funcionamento. (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)

§ 1º A pena de advertência será aplicada por irregularidade no cumprimento das instruções referidas nos incisos I e II do art. 10.

~~§ 2º A multa será aplicada sempre que as pessoas referidas no art. 9º, por negligência ou dolo;~~

§ 2º A multa será aplicada sempre que as pessoas referidas no art. 9º, por culpa ou dolo: (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)

I – deixarem de sanar as irregularidades objeto de advertência, no prazo assinalado pela autoridade competente;

~~II – não realizarem a identificação ou o registro previstos nos incisos I e II do art. 10;~~

II - não cumprirem o disposto nos incisos I a IV do art. 10; (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)

~~III – deixarem de atender, no prazo, a requisição formulada nos termos do inciso III do art. 10;~~

III - deixarem de atender, no prazo estabelecido, a requisição formulada nos termos do inciso V do art. 10; (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)

IV - descumprirem a vedação ou deixarem de fazer a comunicação a que se refere o art. 11.

§ 3º A inabilitação temporária será aplicada quando forem verificadas infrações graves quanto ao cumprimento das obrigações constantes desta Lei ou quando ocorrer reincidência específica, devidamente caracterizada em transgressões anteriormente punidas com multa.

§ 4º A cassação da autorização será aplicada nos casos de reincidência específica de infrações anteriormente punidas com a pena prevista no inciso III do *caput* deste artigo.

A Lei de Lavagem de Dinheiro previu, ainda, em seu artigo 14 a criação do já mencionado Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF):

Art. 14. É criado, no âmbito do Ministério da Fazenda, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, com a finalidade de disciplinar, aplicar penas administrativas, receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas previstas nesta Lei, sem prejuízo da competência de outros órgãos e entidades.

§ 1º As instruções referidas no art. 10 destinadas às pessoas mencionadas no art. 9º, para as quais não exista órgão próprio fiscalizador ou regulador, serão expedidas pelo COAF, competindo-lhe, para esses casos, a definição das pessoas abrangidas e a aplicação das sanções enumeradas no art. 12.

§ 2º O COAF deverá, ainda, coordenar e propor mecanismos de cooperação e de troca de informações que viabilizem ações rápidas e eficientes no combate à ocultação ou dissimulação de bens, direitos e valores.

§ 3º O COAF poderá requerer aos órgãos da Administração Pública as informações cadastrais bancárias e financeiras de pessoas envolvidas em atividades suspeitas. (Incluído pela Lei nº 10.701, de 2003)

Destaca-se que nos §§ 2º e 3º encontram-se as atribuições do COAF: coordenar e implementar no Brasil ferramentas de troca de informações, viabilizando

e tornando eficientes as ações que visam o combate às práticas de lavagem de dinheiro.

Impõe, ainda, o seu artigo 15 que quando o COAF concluir que há a prática de quaisquer ilícitos, independentemente se de lavagem de dinheiro ou não, deve informar às autoridades.

Desse modo, conclui-se que, principalmente após as modificações geradas pela promulgação da Lei nº 12.683/2012, a Lei nº 9.613/98 passou a estabelecer também aos entes privados as obrigações e padrões de cooperação impostas aos órgãos governamentais responsáveis pela prevenção e pressão do delito de lavagem de dinheiro, através da exigência do dever de prestar informações a respeito de transações e operações suspeitas. (SARCEDO, 2016, p. 34).

Por derradeiro, retomando um pouco a questão relativa ao artigo 12 dessa lei, em que são estabelecidas apenas sanções administrativas para o descumprimento dos chamados deveres de *compliance*, faz-se importante analisar os efeitos políticos-criminais decorrentes do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da Ação Penal n. 470, popularmente conhecida como “Caso do Mensalão”.

Dessa forma, verifica-se que, na AP 470, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o descumprimento das obrigações de *compliance* não implicaria tão somente na responsabilidade administrativa às pessoas jurídicas, mas que também poderia, sim, ser vista “como uma figura equiparada às de lavagem pelos dirigentes de instituições financeiras”. (SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p. 213).

Pode-se, então, perceber que, no tocante ao “núcleo financeiro”, ocorreu a caracterização do crime de lavagem de dinheiro com base em condutas, em tese, enquadráveis em ilícitos administrativos, realizadas por pessoas que detinham o dever especial de agir e comunicar, com respectivo sancionamento não-penal, de acordo com o estabelecido nas anteriores redações dos artigos 9º ao 12 da Lei 9.613/98. (SARCEDO, 2016, p. 37).

Dessa forma, tem-se uma operação que converte, de maneira automática, o descumprimento de deveres de *compliance*, instituídos administrativamente, em crimes, em decorrência da infração de deveres de agir e informar, de forma generalizada (SARCEDO, 2016, p. 38).

Cria-se, então, certa insegurança visto que as normas que fixam deveres de *compliance* possuem como fonte diferentes órgãos, como: COAF, Banco Central (BC), Comissão de Valores Mobiliários (CVM), e estendem-se sobre diversos ramos econômicos, que ficam sujeitos a várias imposições, cujos simples descumprimento terminam por se considerar como condutas criminosas. (SARCEDO, 2016, p. 38).

Isso porque, em regra, como se percebeu no julgamento da Ação Penal nº 470, quando questões relacionadas aos programas de *compliance* – projetados para funcionarem preventivamente – são levadas ao judiciário, as respostas clássicas são no sentido da repressão, o que acabar por expandir, “de forma temerária, o espaço de responsabilização penal por condutas omissivas impróprias, ou simplesmente por omissão no dever de cuidado”. (SARCEDO, 2016, p. 38).

Assim, podem-se encontrar algumas atribuições de responsabilidade penal aos réus da Ação nº 470, fundamentadas no simples descumprimento dos deveres de *compliance*, na violação do dever de vigilância.

Nas palavras de Cardoso (2015, p. 140):

[...] o Supremo Tribunal Federal, ao julgar no ano de 2012 a Ação Penal 470 – o caso do Mensalão, um dos maiores escândalos de corrupção política no governo brasileiro, condenou pela prática de crimes de evasão de divisas, formação de quadrilha, gestão fraudulenta e lavagem de dinheiro a conduta omissiva de três dirigentes do Banco Rural, que segundo a fundamentação no acórdão, eram os responsáveis pela área de *compliance* do banco e como tal teriam sido omissos em seu dever de prevenir a ocorrência de crimes.

A partir desse paradigma histórico no Brasil, se faz possível observar que o envolvimento do *compliance officer* ou dos diretores das pessoas jurídicas por exemplo, se dá com maior frequência na modalidade omissiva. Essa forma especial de conduta está diretamente vinculada à omissão ao dever de fiscalizar ou de comunicar operações suspeitas de lavagem de dinheiro imposto pela lei. (CARDOSO, 2015, p. 140).

Ante o exposto, mostra-se bastante temerário a conversão automática do descumprimento de deveres de *compliance* em crimes, gerando consequentemente uma sanção penal, visto que, dentro da lei penal de Lavagem de Dinheiro, verificam-se sanções exclusivamente de caráter administrativo, não se mencionando nenhum

dever de garante, sem sequer explicar quais as práticas necessárias a se evitar o delito da lavagem de dinheiro. Assim, pode-se dizer que referida situação gera, na prática, bastante insegurança jurídica.

3.3 COMBATE À CORRUPÇÃO E *CRIMINAL COMPLIANCE* – BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEI 12.846/2014

Os debates em relação aos programas de *compliance* no Brasil se tornaram mais intensos após reiterada menção ao termo ao longo do julgamento da Ação Penal nº 470/MG. (DAVID, 2015, p. 219)

Todavia, levou-se anos até que a preocupação com o tema da lavagem de dinheiro e da relação com as responsabilidades individuais ou de pessoas jurídicas realmente ganhasse destaque até que, em especial com o advento, em 2013, da Lei n. 12.846, a denominada Lei Anticorrupção, depois regulamentada pelo Decreto n. 8.420/2015 (SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p. 183) passou-se a discutir mais sobre o assunto.

Embasada na tendência internacional contra a corrupção, referida legislação dispõe a respeito da responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira (art. 1º). Essa responsabilização objetiva da pessoa jurídica pode ser nos âmbitos administrativos e civil, pelos atos lesivos previstos na própria Lei, praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não (art. 2º). (SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p. 183).

Estabelece ainda o seu artigo 3º: “A responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito”. Ou seja, nos mesmos moldes inicialmente definidos pela Lei n. 9.605/98, o que significa dizer que ter-se-ia caso de responsabilidade por ricochete, isto é, “um necessário sistema de dupla imputação”. (SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p.184).

A referência explícita à possibilidade de responsabilização de uma pessoa jurídica por prática de ato ilícito é inovadora. Contudo, a opção que se faz é claramente por um modelo não penal, a exemplo do que ocorre na Itália.

De qualquer forma, ressalta-se novamente que a lógica ainda se mostra mais relacionada a uma condicional penal. Sendo assim, parece que o Brasil segue o exemplo espanhol de 2003, quando um passo semelhante foi dado. (SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p. 186).

Ainda assim, observa-se que as penas descritas no artigo 6º da mencionada Lei são bastantes significativas. Veja-se:

Art. 6º Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções:

I - multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; e

II - publicação extraordinária da decisão condenatória.

§ 1º As sanções serão aplicadas fundamentadamente, isolada ou cumulativamente, de acordo com as peculiaridades do caso concreto e com a gravidade e natureza das infrações.

§ 2º A aplicação das sanções previstas neste artigo será precedida da manifestação jurídica elaborada pela Advocacia Pública ou pelo órgão de assistência jurídica, ou equivalente, do ente público.

§ 3º A aplicação das sanções previstas neste artigo não exclui, em qualquer hipótese, a obrigação da reparação integral do dano causado.

§ 4º Na hipótese do inciso I do caput, caso não seja possível utilizar o critério do valor do faturamento bruto da pessoa jurídica, a multa será de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais).

§ 5º A publicação extraordinária da decisão condenatória ocorrerá na forma de extrato de sentença, a expensas da pessoa jurídica, em meios de comunicação de grande circulação na área da prática da infração e de atuação da pessoa jurídica ou, na sua falta, em publicação de circulação nacional, bem como por meio de afixação de edital, pelo prazo mínimo de 30 (trinta) dias, no próprio estabelecimento ou no local de exercício da atividade, de modo visível ao público, e no sítio eletrônico na rede mundial de computadores.

§ 6º (VETADO).

Todavia, a grande inovação prevista pela Lei Anticorrupção é que, além de prever sanções à pessoa jurídica em razão de determinados atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, incentiva a criação de “mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de

irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta” (art. 7º, VII, VIII, e parágrafo único). (SCANDELARI, 2015, p. 190)

Conforme o artigo 7º da Lei n. 12.846/2013:

Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções:

I - a gravidade da infração;

II - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;

III - a consumação ou não da infração;

IV - o grau de lesão ou perigo de lesão;

V - o efeito negativo produzido pela infração;

VI - a situação econômica do infrator;

VII - a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações;

VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica;

IX - o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesados; e

X - (VETADO).

Parágrafo único. Os parâmetros de avaliação de mecanismos e procedimentos previstos no inciso VIII do caput serão estabelecidos em regulamento do Poder Executivo federal.

Dessa forma, percebe-se que o inciso VIII claramente estabelece a noção de *compliance*.

Outrossim, a Lei n. 12.846/2013 aproximou-se, como um todo e genericamente, da já tratada Lei espanhola de 2003, porém verificou-se uma aproximação também à Lei espanhola de 2010. Silveira e Saad-Diniz (2015, p. 190) supõem que, provavelmente, a opção futura será pela integralização à concepção de 2010, na qual ficou estabelecida a possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica.

Ademais, ainda sobre as inovações da referida Lei:

[...] A lei faz ainda expressa menção à figura do que aqui é chamado de acordo de leniência. (p.192) Consoante o art. 16, criou-se uma nova modalidade extintiva de responsabilidade – agora de caráter administrativo – que versa sobre a colaboração do acusado para com a solução do fato ilícito. Além disso, e dando seguimento às recomendações internacionais, previu-se também a possibilidade de acordos de leniência em tais casos. [...] Explicitamente, o art. 17 da Lei menciona que a Administração Pública poderá celebrar acordos desse gênero com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática

dos ilícitos previstos na Lei de Licitações – Lei n. 8.666, de 21-6-1993 – com vistas à isenção ou atenuação das sanções ali previstas. (SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p. 192-194).

Observa-se que tal previsão quanto à leniência coloca-se de forma vaga provavelmente por se tratar de abrandamento ou isenção de responsabilidade administrativa.

Todavia, se a lógica do sistema é de fato penal, dever-se-ia elaborar toda a situação e previsão de maneira pormenorizada. (SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p. 192-194).

Por derradeiro, deve-se questionar qual direção pretende seguir o ordenamento jurídico brasileiro.

Isso porque, a Lei n. 12.846/2013 passou a estipular um sistema de responsabilidade civil e administrativa às pessoas jurídicas, responsabilidade essa de ordem objetiva.

Tal previsão mostrar-se-ia contrária com as “premissas penais já reconhecidas internacionalmente que os julgamentos cíveis e administrativos também têm”. (SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p. 213).

Dessa forma, parece ser totalmente inconstitucional a atribuição de responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas nesses casos. Deve-se examinar se qualquer suposta infração prevista na Lei n. 12.846/2013 teve o “assentimento da pessoa jurídica em questão, sob pena de condenação injusta da mesma”. (SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p. 213).

Ademais, é perceptível também que a instauração de programas de *compliance* não deve resultar em uma espécie de responsabilização objetiva dos *compliance officers* como consequência de uma atribuição de posição de garante (SAAVEDRA, 2011b, p. 11).

Pelo exposto, pode-se entender que, assim como ocorreu no exemplo espanhol sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas naquele ordenamento, na atualidade brasileira, a manutenção de uma heterorresponsabilidade, também não faz muito sentido. “A construção moderna da atribuição de responsabilidade às empresas, vistas essas como uma organização independente, não pode imaginar a atribuição de uma responsabilidade objetiva por reflexo, por rebote ou ricochete”, conforme a qual a pessoa jurídica responde

automaticamente pelas condutas ilícitas praticadas por seus responsáveis ou por seus funcionários. (SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p. 195).

Note-se que, por outro lado, conforme expõem Silveira e Saad-Diniz (2015, p. 196-197):

[...] a própria vagueza da Lei em relação à consideração de que a existência de códigos internos de conduta ou de *compliance programs* deva ser levado em conta para a atribuição da sanção, ainda mais em termos administrativos, parece por demais temerária. [...] Nesse aspecto, urge, de igual modo observar que, mais uma vez, deve-se ter em mente a necessidade de menção explícita quanto à forma redutora de sanção pela efetiva presença e funcionamento de um *compliance program* deve operar. Caso isso não se dê, pouca ou nenhuma utilidade ou efetividade serão percebidas, tendo-se unicamente uma previsão preventiva sem nenhum resultado prático.

Em outras palavras, deve-se elaborar uma redação legislativa clara e objetiva em relação à maneira como o fato de a pessoa jurídica possuir um programa de *compliance* poderá culminar na diminuição, ou mesmo isenção de sua pena, caso contrário será inclusive de difícil adoção, pelas empresas, a um programa de *compliance* efetivo.

Portanto, “o passo dado parece ser preliminar a uma futura responsabilização penal da pessoa jurídica”, o que faria bastante sentido, visto que a regência é predominantemente – se não toda – penal. Seria essa a maneira mais adequada de “dar cumprimento à pretensão de autorregulação regulada, com sanções de ordem verdadeiramente penal”, (SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p.195-196), proporcionando mais segurança jurídica do que a Lei Anticorrupção atual pode dar. (SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p.195-196).

Por conseguinte, o futuro, nesse aspecto jurídico brasileiro, parece indicar no sentido de maior equiparação à previsão legal espanhola de 2010, especialmente no tocante às responsabilizações à pessoa jurídica.

Por fim, destaca-se a sugestão feita Sieber (2013, p. 108-109), em que se propõe que o Direito Penal da empresa deveria ser potencializado através da formulação de novas leis estabelecendo a sanção de pessoas jurídicas, no intuito de se criar estruturas de estímulo à adoção de programas de *compliance* efetivos, e tal responsabilização das pessoas jurídicas deveria ter como fundamento o injusto e a culpa organizativa, isso porque, como se sabe, até o momento, a punição criminal

de pessoas jurídicas, na legislação brasileira, é admitida apenas em crimes ambientais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente trabalho pôde-se perceber que a criminalidade moderna, mais organizada e aprimorada, possibilitada em virtude do advento da tecnologia e da globalização, ocasionou uma grande mudança empresarial e comportamental na sociedade. Nesse contexto, surgiu a necessidade de intervenções de políticas criminais para proteger a ordem jurídica e social, visto que as tradicionais formas de proteção têm se mostrado incapazes de solucionar as dificuldades criminológicas que a sociedade atual enfrenta.

Ademais, observou-se que as boas práticas governamentais no âmbito empresarial são medidas que se impõem, sendo recomendável a presença de um ideal de ética empresarial. Assim, verificou-se que responsabilidade social da empresa e a ética empresarial são imposições do mundo atual. Dessa forma, pôde-se perceber que cada vez mais surgem questionamentos a respeito da implicação criminal da ausência dessas práticas.

Mais especificamente no primeiro capítulo, então, observou-se que esses questionamentos têm gerado muitas discussões, tanto em âmbito internacional, como nacional, a respeito da possibilidade de responsabilização penal das pessoas jurídicas.

Quanto a essa possibilidade, verificou-se que, aqueles que não aceitam a responsabilização penal da pessoa jurídica, baseiam-se principalmente na impossibilidade de se atribuir culpabilidade a tais. Em contrapartida, estudou-se que a principal teoria que defende a responsabilização penal das empresas fundamenta-se em uma culpabilidade por defeito de organização.

Sendo assim, analisou-se como funcionam alguns modelos de imputação de responsabilidade às pessoas jurídicas. Na Itália, considerando a expressa determinação constitucional ali existente no sentido de ser pessoal a responsabilidade penal, adotou-se um elaborado sistema híbrido de responsabilidade autodenominada administrativa, mas processável pelo juízo penal, com a previsão de garantias verdadeiramente penais às empresas imputadas. Ademais, o legislador italiano tomou o cuidado também de detalhadamente

estabelecer os critérios organizacionais mínimos que devem ser observados pela pessoa jurídica, visando excluir sua responsabilidade por fatos criminosos.

Quanto ao modelo espanhol, observou-se ainda que a partir do ano de 2010, naquele país, foi instituída a responsabilidade penal dos entes coletivos. Todavia, tal sistema demonstrou que sua lacunosa previsão legal ocasionou insegurança jurídica a respeito de quais as medidas organizacionais e preventivas devem ser adotadas pelas empresas como forma de evitar sua responsabilização penal. A ausência de legislação especificando critérios mínimos de aferimento de culpabilidade corporativa gerou, na prática, diversas dificuldades em relação à imputação de condutas criminosas às pessoas jurídicas. Desse modo, a análise do referido modelo mostrou-se interessante ao estudo do sistema que se pretende adotar no Brasil, visto que, a exemplo do modelo proposto no Anteprojeto de Código Penal brasileiro, parece que se poderão identificar, aqui, eventuais problemas semelhantes.

Além do mais, como visto, o posicionamento adotado em julgados recentes do Supremo Tribunal Federal tem dado uma outra interpretação à responsabilidade penal da pessoa jurídica prevista na Lei nº9.605/1998, aproximando-se a um modelo de autorresponsabilidade. Contudo, diante da insuficiência legislativa, os critérios de imputação do sistema têm trazido grande insegurança jurídica.

Por conseguinte, no segundo capítulo, passou-se a analisar propriamente o instituto do *criminal compliance*. Entendeu-se, então, que o mesmo surge como uma ferramenta que se pretende eficaz na prevenção criminal no âmbito interno e externo da empresa.

Nesse sentido, o conceito de *criminal compliance* descreve a necessária conformidade das empresas com as normas de prevenção e combate a delitos, como a lavagem de dinheiro e a corrupção, e impõe aos sujeitos legalmente obrigados, sob pena de sanções administrativas, civis e até mesmo criminais, a prevenção, a investigação e a comunicação às autoridades competentes de suspeitas dos delitos praticados em razão da atividade empresarial.

Dessa forma, no terceiro e último capítulo passou-se a verificar como os programas de *criminal compliance* têm se desenvolvido no Brasil e quais são suas perspectivas futuras.

Sendo assim, percebeu-se que no direito positivo brasileiro, é estabelecido um sistema de controle que pode ser encarado também como uma política de *compliance*, apresentando-se nos artigos 10 – dever de vigilância – e 11 – dever de comunicação, da Lei de Lavagem de Dinheiro, bem como no artigo 7º, inciso VIII, da Lei Anticorrupção. Em ambas as Leis foram impostas sanções administrativas às pessoas físicas ou jurídicas em caso de descumprimento de tais deveres, além de na Lei Anticorrupção ter sido estabelecido também hipótese de sanção cível.

Todavia, a exemplo do ocorrido na AP 470, pôde-se constatar que a não obediências às regras de *compliance* culminaram também em responsabilizações penais, até mesmo por simples infração de dever, quando não por situações omissivas. Analisou-se, então, que mesmo atuando preventivamente, o *criminal compliance* pode induzir a novas punições, em especial dos *compliance officers*, ou de quem desempenhar esse papel, ultrapassando a ordem administrativa das sanções.

Portanto, em que pese o fato de o Brasil ter preferido, a exemplo de alguns outros países, não tratar ainda a questão sob a óptica da responsabilidade penal da pessoa jurídica, cuidando do tema apenas na esfera administrativa, é evidente que existe uma lógica penal inerente ao tema.

Dessa maneira, entendeu-se que, mesmo que aparentando um figura administrativa, o problema é realmente penal e, em sendo assim, não se deve, visto que inconstitucional, aceitar-se uma responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas (como o fazem as referidas Leis, quando impõem responsabilidade administrativa objetiva).

Por conseguinte, chegou-se a compreensão de que o futuro, em relação a esse aspecto jurídico, no Brasil, parece caminhar no sentido do que ocorreu quanto à previsão legal espanhola de 2010, especialmente no tocante às responsabilizações à pessoa jurídica.

Por fim, pôde-se concluir também que se deve elaborar uma redação legislativa clara e objetiva em relação à maneira como o fato de a pessoa jurídica possuir um programa de *compliance* poderá culminar na diminuição, ou mesmo isenção de sua pena, caso contrário será, inclusive, de difícil adoção, pelas empresas, a um programa de *compliance* efetivo.

Desse modo, verificou-se que o Direito Penal deve estabelecer novas leis especificando as formas de responsabilização penal das pessoas jurídicas, tendo como fundamento o injusto e a culpa organizativa, evitando-se, assim, uma responsabilidade objetiva e incentivando-se à criação de estruturas e adoção de programas de *criminal compliance* efetivos por parte dos entes coletivos.

REFERÊNCIAS

- BACIGALUPO, Enrique. **Compliance y Derecho Penal**. Pamplona: Thomson Reuters, 2011.
- BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais**: comentário à Lei 9.613/1998, com alterações da Lei 12.683/2012. 2.e. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- BARRETO, Cássio de Alencar Teles. **O criminal compliance à luz do ordenamento jurídico brasileiro**. 2014. 62 f. Monografia (Especialização) – Curso de Pós-Graduação em Direito Penal e Processo Penal, do Instituto Brasileiro de Direito Público, Escola de Direito de Brasília, 2014.
- BENATTO, Rafaela Roderjan. **Compliance e a apreciação do elemento subjetivo do tipo no crime de lavagem de dinheiro**. In: GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César (coords.). *Compliance e Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2015.
- BENEDETTI, Carla Rahal. **Criminal Compliance**. Instrumento de Prevenção Criminal Corporativa e Transferência de Responsabilidade Penal. São Paulo: Quartier Latin, 2014.
- BRASIL. **Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm>. Acesso em: 10 jun. 2017.
- _____. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 10 jun. 2017.
- BUSATO, Paulo César; REINALDET, Tracy Joseph. **Crítica ao uso dogmático do compliance como eixo de discussão de uma culpabilidade de pessoas jurídicas**. In: GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César (coords.). *Compliance e Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2015.
- CABETTE, Eduardo Luiz Santos; NAHUR, Marcius Tadeu Maciel. **“Criminal compliance” e ética empresarial: novos desafios do Direito Penal Econômico**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2013.
- CABRERA, Michelle Girona. **Compliance e imputação objetiva: criação de risco proibido**. In: GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César (coords.). *Compliance e Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2015.
- CARDOSO, Débora Motta. **Criminal compliance na perspectiva da lei de lavagem de dinheiro**. São Paulo: LiberARS, 2015.
- DAVID, Décio Franco. **Compliance e corrupção privada**. In: GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César (coords.). *Compliance e Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2015.
- DE CARLI, Carla Veríssimo. **Anticorrupção e compliance: a incapacidade da lei 12.846/2013 para motivar as empresas brasileiras à adoção de programas e medidas de compliance**. 2016. 339 f. Tese (Doutorado) – Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016.
- DE CASTRO, Rafael Guedes; ANTONIETTO, Caio Marcelo Cordeiro. **Criminal compliance: a política de cumprimento de normas penais e seus impactos na**

atividade econômica empresarial. PublicaDo no XXIII Encontro Nacional do CONPEDI/UFSC, Florianópolis, 2014.

DOS SANTOS, Victor Hugo; GUARAGNI, Fábio André. **Compliance e erro no Direito Penal**. In: GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César (coords.). *Compliance e Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2015.

ESTELLITA, Heloísa; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Alterações na legislação de combate à lavagem de dinheiro: primeiras impressões**. *Boletim IBCCrim*. n. 237, p. 2, ago., 2012.

FURTADO, Regina Helena Fonseca Fortes. **A importância do compliance no novo Direito Penal Espanhol**. *Boletim IBCCrim*. n. 235, p. 11, jun., 2012.

LUIZI, Luiz. **Notas sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas**. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (cord.). *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. Em defesa do princípio da Imputação subjetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica no Projeto de Reforma do Código Penal**. Publicado em 6 jun. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/40305/a-responsabilidade-penal-da-pessoa-juridica-no-projeto-de-reforma-do-codigo-penal>>. Acesso em: 3 jun. 2017.

NIETO MARTÍN, Adán. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas: um modelo legislativo**. Madrid: Iustel, 2008.

PEREIRA, Vania Samira Doro. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes contra a ordem econômico**. *Revista Liberdades, Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n. 9, p. 3-25, jan./abr., 2012.

RODRIGUES, Antonio Gustavo. **O COAF e as mudanças na Lei 9.613/1998**. *Boletim IBCCrim*. n. 237, p. 14-15, ago., 2012.

SAAVEDRA, Giovanni A. **Reflexões iniciais sobre o controle penal dos deveres de compliance**. *Boletim IBCCrim*. n. 226, p. 13-14, set., 2011a.

_____. **Reflexões iniciais sobre criminal compliance**. *Boletim IBCCrim*, n. 218, p. 11, jan., 2011b.

SACANDELARI, Gustavo Britta. **As posições de garante na empresa e o criminal compliance no Brasil: primeira abordagem**. In: GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César (coords.). *Compliance e Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2015.

SCHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal das pessoas jurídicas**. In: OLIVEIRA, William Terra; LEITE NETO, Pedro Ferreira; ESSADO, Tiago Cintra; SAAD-DINIZ, Eduardo (orgs.). *Direito Penal econômico: estudos em homenagem aos 75 anos do professor Klaus Tiedemann*. São Paulo: LiberARS, 2013.

_____. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SARCEDO, Leandro. **Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa**. São Paulo: LiberARS, 2016.

SERRANO-PIEDecasas, José Ramon; DEMETRIO CRESPO, Eduardo. **El derecho penal económico y empresarial ante los desafios de la sociedade mundial del riesgo**. Madrid: Colex, 2010.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas em derecho español**. In: MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (coord.). Ciminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas. Barcelona: Atelier, 2013.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAMALHO, João Victor Arruda. A responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Publicado em 29 mar de 2015. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9019/A-responsabilidade-penal-das-pessoas-juridicas>>. Acesso em: 3 jun. 2017.

VIANA, Anny Ramos. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica**: uma análise crítica. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13786&revista_caderno=3#_ftn9>. Acesso em: 3 jun. 2017.

VIEIRA, Mariana Pessoa. **Compliance: ferramenta estratégica para as boas práticas de gestão**. 2013. 60 f. Monografia (Graduação) – Curso de Direito, Universidade Federal de Viçosa, 2013.